Der Besitzerwerb an Grundstücken durch Tradition

nach römischem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Ein Vergleich.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ACAD. LUDB. BAT. BIBL.

Julius Hepner
aus Beuthen O/S.
Referendar am Königl. Amtsgericht zu Landeshut.

Approbiert am 29. November 1907.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1908.

127

Referent: Universitäts-Professor Dr. Siber.

Inhaltsverzeichnis.

Seite.

§ 1. Begrenzung des Themas 1

A. Die Art der Besitzerwerbswillensäußerung

I. Römisches Recht.

§ 2. a) Die allgemeine Entwickelung 1

b) Die Kodifikation Justinians

§ 3. 1. Im Spiegel der Theorien seit Savignys Recht des Besitzes 3

§ 4. 2. Tatsächlicher Inhalt derselben im allgemeinen 6

§ 5. 3. Besonders die Abschwächung des Traditionskorpus und 7

§ 6. 4. Vacuae possessionis traditio 9

§ 7. II. BGB.: Die Erlangung der „tatsächlichen Gewalt“ . . . 11

B. Der Besitzwille.

I. Die Voraussetzungen seiner Möglichkeit:

a) Römisches Recht.

§ 8. 1. Die Besitzerwerbsfähigkeit 13

§ 9. 2. Die Besitzerwerbsbefugnis 14

§ 10. b) BGB.: Gewaltsfähigkeit 15

II. Der konkrete Besitzwille in seiner Richtung auf:

a) Das Objekt.

§ 11. 1. Römisches Recht 16

§ 12. 2. BGB. 17

b) Den Erwerbsvorgang.

1. Im allgemeinen.

§ 13. aa) Römisches Recht 18

§ 14. bb) BGB. 21

2. Besonders bei Abschwächung des Traditionscorpus:

§ 15. aa) Römisches Recht 21

§ 16. bb) BGB. 27

C. Der Besitzerwerb durch Dritte.

§ 17. I. 1. Der Regelfall des römischen Rechts 32

§ 18. 2. Der Erwerb des mittelbaren Besitzes nach dem BGB. 32

II. Der direkte Besitzerwerb durch Dritte

a) Im allgemeinen

Seite

§ 19. 1. Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts 34
§ 20. 2. Das constitutum possessorium 35
§ 21. 3. Der Ersatz des constitutum possessorium im BGB. 38
b) Durch Persönlichkeitserweiterung.
1. Detentionsgehilfen im engeren Sinne.
§ 22. aa) Nach römischem Rechte 39
§ 23. bb) Nach dem BGB. 40
2. Detentionsgehilfen genereller Natur.
aa) Im römischen Recht.
§ 24. AA. Bei Geschäftsfähigen 40
§ 25. BB. Bei nicht Geschäftsfähigen . . . 42
bb) Nach dem BGB.
§ 26. AA. Die Fälle des § 855 BGB. . . . 43
§ 27. BB. Bei juristischen Personen . . . 44
§ 28. CC. Bei Nichtgeschäftsfähigen . . . 45

Literaturverzeichnis.

Affolter, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17 S. 1ff. 1900.

v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts. 2. Aufl. 1901.

Aravantinos, Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 48 S. 101 ff.

Baron, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 7 S. 38 ff. 1865. (Baron, Jahrb.)

Baron, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 23 S. 511 ff. 1881. (Baron, Krit. VSchr.)

Bähr, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 26 S. 224 ff. 1888.

Bekker, ebenda Bd. 34 S. 1ff. 1894 (Bekker, Jahrb.)

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern. 1880.

Biermann, Das Constitutum possessorium. Berliner Inaugural-Dissertation 1885. (Biermann, Constitutum.)

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.

Biermann, Traditio ficta. 1891. (Biermann, Traditio.)

v. Blume, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 52 S. 351 ff. 1902.

Brinz, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 3 S. 16 ff. 1858. (Brinz, Jahrbuch.)

Brinz, Lehrbuch der Pandekten Bd. 1. 2. Aufl. 1893. (Brinz, Pand.)

Bremer, Zeitschrift für Zivilrecht nnd Prozeß. Neue Folge. Bd. 11 S. 211 ff. 1854 und Bd. 20 S. 28 ff. 1863. (Bremer 11 bezw. 20.)

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde. Bd. 1. 1880.

Bruns, Fontes iuris Romani antiqui ed. III. 1876. (Bruns, Fontes.)

Bruns, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 20 S. 515 ff. 1878.

Corpus iuris civilis ed. Krüger, Mommsen ed. II. 1877.

Corpus iuris Anteiustinianei Romani Bd. 1 1841.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Bd. 1. 1903. Bd. 2. 1904.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 3. Aufl. 1904. (Dernburg, Sachenrecht.)

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. 1902.

Dernburg, Persönliche Rechtsstellung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1896.
Dernburg, Entwickelung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts. 1883. (Dernburg, Juristischer Besitz.)
Eccius, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 43 S. 51 ff. 1899.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, fortgeführt durch R. Leonhard. Bd. 2. 1904.
Eck, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 32.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts. Bd. 24. (KG.)
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 4 u. 5. (OLG.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 48, 49, 52. (RG.)
Esmarch, Vacuae possessionis traditio 1873.
Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition 1867.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. 1906.
Förtsch, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 43 S. 545 ff. 1899.
Franke, Zur Lehre vom mittelbaren Besitze. Breslauer Inaug.-Dissert. 1903.
Gai, Institutiones ed. Krüger und Studemund ed. II. 1877.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. Abhandlungen zum Privatrecht und Prozeß herausgegeben von O. Fischer. Heft 4. 1897.
Gierke, Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages. Bd. 3 S. 29. 1898. (Gierke, Gutachten.)
Goldschmidt, Vermischte Schriften. Bd. 1. 1901.
Girard, Manuel élémentaire du du droit Romain. Troisième éd. 1901.
Harburger, Das Constitutum possessorium im römischen und heutigen Rechte. Münchner Inaug.-Dissert. 1881.
Hirsch, Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und Verlustes nach römischem Recht. 1892.
Hölder, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 16 S. 533 ff. 1874.
v. Hollander, Über den animus im Recht des Besitzes der Römer. Festgabe der Juristischen Fakultät der Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg für Herm. Fitting. 1903.
Hruza, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 24 S. 217 ff. 1897.
Jhering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 32 S. 41 ff. 1893. (Jhering, Besitz.)
Jhering, Der Besitzwille. 1889. (Jhering, Besitzwille.)
Jhering, Über den Grund des Besitzschutzes. 2. Aufl. 1869. (Jhering, Besitzschutz.)
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2. 1901.
Kierulff, Die Theorie des gemeinen Zivilrechts. Bd. 1. 1839.
Klein, Sachbesitz und Ersitzung. 1891.
Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenübergestellt dem römischen und gemeinem Recht. 1900.
Kohler, Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 69 S. 152 ff. 1886.
Kohler, Bürgerliches Recht: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft herausgeg. von Holtzendorff-Kohler. 1904.

Kohler, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 14 S. 162ff. 1887.

Krüger, Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 66 S. 150. 1883.

Kuntze, Zur Besitzlehre. 1890.

Laube, Erwerb und Verlust des Besitzes nicht vollkommen geschäftsfähiger und juristischer Personen nach römischem und heutigem Recht. Rostocker Inaug.-Dissert. 1903.

Lenel, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 36 S. 42ff. 1896.

Lenz, Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen. 1869.

Fr. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.

Leonhard, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 25 S. 177ff. 1881.

Leonhard, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 23 S. 511. 1883.

v. Liebe, Der Besitz als Recht in Thesi. 1876.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte. Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard. 5. Heft. 1901.

Meischeider, Besitz und Besitzschutz. 1876.

Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. 1885.

Mommsen, Römische Geschichte. 8. Aufl. Bd. 1 1888, Bd. 2 1889.

Munscheid, Stellvertretung im Besitzerwerb. Leipziger Inaug.-Dissert. 1901.

Oertmann, Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 44 S. 207ff. 1902.

Pernice, Manius Antistius Labeo. Bd. 1. 1873.

Graf **Pininski,** Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes nach gemeinem Recht. Bd. 1 1885, Bd. 2 1888.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 3. 3. Aufl. 1906. Bd. 1. 3. Aufl. 1902.

Przibilla, Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 50 S. 323ff. 1906.

Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes unter Ausschluß des Erwerbs durch Stellvertreter. Freiburger Inaug.-Dissert. 1905.

Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht. 6. Aufl. 1873.

Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht. 4. Aufl. 1895.

Regelsberger, Göttingische gelehrte Anzeigen. 1885. S. 873ff. (Regelsberger, Anzeigen.)

Regelsberger, Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 44 S. 295ff. 1902.

Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. 1893. (Regelsberger, Pand.)

Ruhstrat, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 14 S. 360ff. 1874.

v. Savigny, Das Recht des Besitzes. 7. Aufl. 1865.

v. Scheurl, Weitere Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. 2. Heft 1886.

Schloßmann, Der Besitzerwerb durch Dritte.

Schloßmann, Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Romanistische Abteilung. Bd. 18 S. 196ff. 1897.
Siepmann, Besitzerwerb des Kindes. Göttinger Inaug.-Dissert. 1892.
Sohm, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 17 S. 16ff. 1873.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. 1897.
Stemann, Die Voraussetzungen des Besitzerwerbes im Subjekte des Besitzes. Rostocker Inaug.-Dissert. 1903.
Strohal, Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Bd. 38 S. 1ff. 1898. (Strohal, Sachbesitz.)
Strohal, Sukzession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht. 1885. (Strohal, Sukzession.)
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten Bd. 1. 7. Aufl. 1876.
Weidemann, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berliner Inaug.-Dissert. 1902.
Wendt, Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 87 S. 40ff. 1897.
Windscheid, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 9. Aufl. 1906.
Witte, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Neue Folge. Bd. 18 S. 234. 1861.
Wolff, Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 44 S. 143ff. 1902.

Die Werke werden nach dem Namen der Autoren bezw. den in den Klammern ( ) beigefügten Abkürzungen zitiert.

Die Abkürzungen entsprechen den Vorschlägen des „Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken“ (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

§ 1.

Wenn es gilt, das Besitzrecht der Römer mit dem des Bürgerlichen Gesetzbuches zu vergleichen, so ergeben sich von vornherein zwei grundlegende Verschiedenheiten. Zwar umfassen die Begriffe der possessio und detentio zusammen dasselbe Gebiet wie die des Besitzes und der Besitzdienerschaft; untereinander aber decken sich weder die possessio und der Besitz noch die detentio und die Besitzdienerschaft. Trotzdem stehen wohl ihrer Vergleichung — auf Besonderheiten wird hingewiesen werden — keine grundsätzlichen Bedenken entgegen. Die zweite Verschiedenheit liegt darin, daß die possessio nicht nur in ihren Folgen, sondern auch in ihren — hier im Gegensatz zum Besitzbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches — Voraussetzungen nicht lediglich naturale Elemente hat, da sie in steter Abhängigkeit von der causa possessionis ist. Trotzdem kann hierauf im einzelnen nicht eingegangen werden, weil die causa nur eine der mittelbaren Voraussetzungen des Besitzerwerbes ist. Die unmittelbaren sind auch im römischen Recht mehr faktischer Natur.

§ 2.

Auszugehen ist von dem nicht nur logisch einfachsten, sondern wohl auch historisch ursprünglichen Besitzerwerb durch körperliche Übergabe des Grundstücks. Vgl. Girard p. 268: Quant au corpus, il peut consister ... dans l'installation matérielle de la personne sur un immeuble. C'est la forme la plus matérielle de l'entrée en possession, qui a dû être admise la première.[1]) Der Besitz,

[1]) Wenn Jhering, Besitzschutz S. 199ff. behauptet, daß die körperliche Übergabe eines Grundstücks unmöglich sei, so ist dies sicherlich insofern richtig, als man das Grundstück nicht in die Hand nehmen und dem Erwerber „übergeben" kann, wie Theophilus ad Inst. 2, 1, 40 die Tradition definiert: *τραδιτίων ἐστὶ ἡ ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις.* Es ist aber die Bezeichnung traditio ebensosehr quellenmäßig als auch dem Sprachgebrauch eigen, daß kaum Mißverständnisse zu befürchten sind.

die possessio wird daher vom natürlichen Standpunkte aus bezeichnet als eine „positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit“ (pr. D. 41, 2). Die traditio fundi bestand also vermutlich anfangs in dem Hinausgehen, dem decedere, des bisherigen Besitzers aus dem Grundstücke und dem Einziehen, dem ingredi, des Erwerbers in dasselbe, wie dies aus 78 D. 18,1 hervorgeht, wo eine besonders peinlich vorzunehmende Besitzerlangung geschildert wird.

Ob sich dieser, wie Goldschmidt S. 60 sagt,[2]) „hanthafte“ Besitzerwerb im römischen Rechte der historischen Zeit jemals als der ausschließlich mögliche behauptet hat, kann zweifelhaft sein,[3]) da sich wohl sehr zeitig ein Großgrundbesitz — bereits der um die Zeit der Zwölftafelgesetzgebung tobende Ständekampf hat hierin eine seiner Hauptursachen — (vgl. Mommsen Bd. 1 S. 182 f.) gebildet hat und hiermit der Grund und Boden bald aus einer bäuerlich-naturalwirtschaftlichen Lebensversorgung zum Institut des Handelsverkehrs geworden ist; wie Goldschmidt S. 68 sagt: Der Besitzbegriff wird zu einem „sozialen Verkehrsbegriff“. Aber entsprechend der Wichtigkeit, die Grund und Boden stets behielt, wurde an der sinnlichen Form der Grundstückstradition nach Möglichkeit festgehalten. Daß auch im späten römischen Recht die alten Formen mitunter anklingen, ergibt sich z. B. aus fr. 1, 1—2 C. Theod. VIII, 12 und 78, 1 D. 18, 1. In ihnen sind besonders feierlich vorzunehmende Akte in Frage, einmal eine bedeutende Schenkung, dann ein Grundstückskauf eines Vormunds aus dem Mündelvermögen. Hier wird gesagt, der Mündel mit seiner „familia decedat de fundo“, dort wird sogar von einem Herbeirufen der Nachbarschaft, also einem an die alte Manzipation erinnernden Vorgang gesprochen.[4])[5]) Den ersten Schritt, den Besitzerwerb als einen Vorgang nur mehr formeller Natur er-

---

[2]) Von der Theorie vor Savigny seit den Postglossatoren wurde dieser als „traditio vera“, jeder andere als „traditio ficta“ bezeichnet. Vgl. Biermann, Traditio p. 71 ff.; Meischeider S. 245.

[3]) Angenommen wird dies z. B. von Baron, Jahrb. 141 f.

[4]) vgl. auch die charakteristische Änderung dieser Stelle in 25, 1 C. 8, 53 (54).

[5]) Daß man auch später vielleicht des Gegensatzes zum „natürlichen“ Besitzbegriff bewußt blieb, dafür zeugt der häufige Gebrauch der Worte „videri, credi, intelligi“ in den Fällen des „symbolischen“ Besitzerwerbs durch Tradition. Vgl. Harburger S. 54 A. 11; Regelsberger, Anzeigen S. 886.

scheinen zu lassen, bedeutet es, wenn aus den Gesetzen des Grundstücks ein „glebas circumambulare, fines circumire“ wird. Aber auch das Begehen des ganzen Grundstücks erschien einer späteren Zeit nicht mehr notwendig. Man begnügt sich mit einem „introire aliquam partem fundi (3,1 D. 41,2). Daß man sich jedoch der Änderung, die in den Anschauungen bezüglich des corpus eintrat, auch noch unter Justinian bewußt war, zeigt der ausdrückliche Hinweis auf die Erleichterung, die das „introire“ gegenüber dem „circumambulare“ bedeute. Man kam noch mehr den Verkehrsbedürfnissen entgegen, wenn in 18,2 D. 41,2 dem „pedem finibus inferre“ der Fall gleichgestellt wird, daß der bisherige Besitzer dem Erwerber auf einem in des letzteren Grundstück befindlichen Turm nur erklärt, er übertrage ihm den Besitz an seinen in der Nachbarschaft liegenden Grundstück. So ist das corpus possessionis aus einem materiellen Bestandteil des Besitzerwerbsvorganges zu einer — allerdings wesentlichen Form — desselben geworden.

§ 3.

Dem Gedanken, daß das „corpus“ des Besitzerwerbs im römischen Recht der Justianeischen Gesetzgebung nur noch eine Form[6]) gewesen sei, gilt der lebhafte Widerspruch Savignys S. 210ff. und seiner Anhänger, besonders Exners S. 98f., Windscheids S. 732ff und Randas S. 404ff. Von Savigny wurde der Satz aufgestellt, daß die sogen. symbolische und die naturale Erwerbsart auf einem gemeinsamen Typus des corpus zurückführbar seien. Dieser bestände darin, daß der Erwerber „die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken, und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen“, (S. 210) erlangt habe. Deshalb sei es „nötig und hinreichend“, „in dem Grundstück gegenwärtig zu sein“ (S. 212). Schließlich müsse „die Möglichkeit, auf die Sache nach Willkür zu wirken, von dem, der den Besitz erwerben wolle, als unmittelbare, gegenwärtige Möglichkeit gedacht werden können“ (S. 238)[7]). Abzuweisen sind

[6]) Dieser Gedanke liegt schon dem Vor-Savignyschen Begriffe der traditio ficta zugrunde.

[7]) Mit noch größerer Schärfe wird dieses subjektive Moment von Kierulff S. 378ff. und Liebe bes. S. 14f. betont, die das corpus nur für unentbehrlich halten, weil „vor der Tat der Wille nicht ersichtlich ist“ und

m. E. von vornherein diejenigen Angriffe gegen Savignys Theorie, die, wie Baron, Jahrbücher 54 ff., einen fundamentalen Vorwurf gegen seine Besitzerwerbstheorie daraus schmieden, „daß er für die Ergreifung des Besitzes andere Regeln aufgestellt als für dessen Fortsetzung“ (S. 54). Dies läßt sich, wie Strohal, Sukzession S. 123 ff. wohl bewiesen hat, aus der durchhaltenden[8]) Natur des Besitztatbestandes erklären. Daß trotzdem die Formulierung Savignys in dieser schroffen Weise nicht möglich ist, haben selbst seine Anhänger, besonders Randa a. a. O. und Windscheid a. a. O. zugegeben. Denn unbedingt falsch ist zunächst, daß die Gegenwart auf dem zu erwerbenden Grundstück die Möglichkeit, auf die Sache nach Willkür zu wirken, gibt. Dann wird aber m. E. die Anwesenheit auf dem Grundstück, wenn man von dem inneren Willen abstrahiert, was doch logischerweise geschehen müßte, wenn man in ihr eine selbständige, an sich denkbare Gewaltbewirkung sehen wollte, zu einer Art der Willensäußerung, die nur dadurch, daß das Recht „den Erklärenden an die Wahl dieses Ausdrucksmittels gebunden“ erklärt (Regelsberger, Pand. S. 494), bedeutsam ist. Für eine solche Art der Willensäußerung besteht aber in der Juristensprache das Wort „Form“. Es bedeutet daher m. E. nicht eine Modifizierung, sondern ein Aufgeben der Savignyschen Ansicht, wenn Hirsch S. 112 — auf den sich Randa S. 415 als Eideshelfer beruft — sagt, daß „ein mit festen Grenzen umgebenes Grundstück wird als in seiner Totalität in Besitz genommen gelten müssen, wenn überhaupt nur der Besitzwille in geeigneter **Weise** zum Ausdruck gekommen ist“.

Dieser Savignysche Standpunkt ist von einer Anzahl Schriftsteller, besonders Jhering in seinen Schriften „Besitzschutz“, „Besitzwille“ und „Besitz“ auf das Entschiedenste bekämpft worden. Er geht von dem Prinzip aus, daß das Besitzcorpus ein formeller Bestandteil des Besitzererwerbsvorganges ist, bestimmt diese Form aber dann dahin, daß durch sie „der Eigentümer der Sache soll sichtbar gemacht werden, „omnia ut dominum fecisse“ (Besitz-

---

„erst in der Tat der Wille sich rechtliche Achtung zu erwerben vermag“ (Liebe S. 9).

[8]) Daß hierunter nicht notwendig eine längere Dauer des Besitzes (Strohal a. a. O. S. 126), sondern nur „die Totalität der normalen wirtschaftlichen Funktionen der Sache“ verstanden werden muß; vgl. Kohler, Zeitschr. S. 164.

schutz S. 195). Selbst von grundsätzlichen Anhängern dieser Theorie wird anerkannt, daß das „Hineinziehen des Eigentumsbegriffes in die Begriffsbestimmung des Besitzes“ „unnötig und verwirrend“ ist (Pininski Bd. 1 S. 14). Ferner ist gegon sie zutreffend von Kindel hervorgehoben worden, daß sie, ähnlich wie die Theorie Savignys, „zwei Erfordernisse als gleichbedeutend hinstellt, den Savignyschen Apprehensionsbegriff (omnia ut dominum fecisse oportet) und den Eintritt der Sichtbarkeit des Eigentums, Begriffe, die sich durchaus nicht decken“ (S. 206). Vgl. überhaupt die Kritik Goldschmidts S. 149 ff.

Eine Kombination der beiden skizzierten Theorien ist dann von Pininski, der sich selbst zwar einen Anhänger Jherings nennt, versucht worden. Auch er will in den Ausdrücken, mit denen in den Digesten das corpus geschildert wird, wie introire in fundum (3, 1 D. 41, 2) und ähnlichen, nicht einen „leeren“ Formalakt sehen. Der Besitz soll vielmehr nur dann erworben sein, wenn das corpus „ein tatsächliches Besetzen des Grundstücks, d. h. ein sich irgendwie direkt auf das Grundstück beziehendes Tun des Erwerbers ist, aus welchem ersichtlich ist, daß die Sache von nun an in seinen wirtschaftlichen Dienst gelangt“ (S. 350). Diese Definition ist schon insofern nicht korrekt, als aus ihr nicht ersichtlich ist, ob die „Ersichtlichkeit“ nur für die Parteien oder auch für Dritte vorhanden sein muß. Daraus allerdings, daß Pininski „Tatsächlich“keit der Besetzung fordert, müßte man wohl folgern, daß sie ein auch bei Abstraktion vom Willen der Parteien für sich selbst sprechender Akt ist. Gegen Schluß seiner diesbezüglichen Erörterungen erklärt Pininski aber, daß man „aus dem ire in fundum an sich nicht klar würde ersehen können, wie weit die Besitzergreifung reiche“, „und der Sinn des irre in fundum unter Berücksichtigung der Willenserklärungen der Parteien ermittelt werden müßte“ (S. 359). Wie mit dieser Berücksichtigung der Willenserklärungen eine tatsächliche Ersichtlichkeit — nach modernem juristischem Sprachgebrauch wohl mit Publizität zu bezeichnem — des Besitzerwerbsvorganges verbunden werden kann, bleibt auch bei noch so bedeutenden Zugeständnissen an die Beachtlichkeit des Normalfalles unklar. „Daß Pininski im letzten Grunde der Savignyschen Theorie nicht so fern stände, als er selber glaubt“, hebt Eck S. 595 daher wohl vollkommen richtig hervor. Aber auch die Quellen

scheinen mir — abgesehen von den vorliegenden logischen Widersprüchen der Definition — ihr Gegenteil zu besagen. Die von Pininski S. 350 angeführten 3, 1 und 41 D. 41, 2 handeln an sich, soweit ich urteilen kann, nur von animus des Erwerbers. Wenn man aber 3, 1 zit. für die Interpretation des corpus ergiebig machen wollte, so könnte diese lex nur gegen Pininski ausgelegt werden; in ihr wird nämlich gesagt, daß — den animus vorausgesetzt —, Besitz erwerbe, wer in einen beliebigen Teil des Grundstücks hineingehe (sufficit quamlibet partem fundi introire). Es müßte denn „quilibet" nicht „jeder Beliebige," sondern ein „Bestimmter" heißen!

§ 4.

Trotzdem erscheint mir eine Lösung der Frage nach der juristischen und tatsächlichen Natur des Besitzerwerbscorpus nicht ausgeschlossen. Zwar die Idee, daß durch dieses rein äußerliche Moment mitunter — z. B. bei der traditio ex turre — so geringfügiger Natur eine Herrschaftsmöglichkeit begründet würde, ist wohl unhaltbar; auch die Publizität eines solchen Vorgangs wäre eine Fiktion. Von diesem Standpunkte hat Jhering, Besitzschutz (S. 202) sicherlich recht, wenn er die Apprehension des justianeischen Rechts für „eine reine Form" hält. Um die Beibehaltung dieser Form erklärlich zu machen, weist z. B. Bähr S. 316 darauf hin, daß einerseits Formen, die ursprünglich guten materiellen Zwecken gedient hätten, auch wenn sie unnütz würden, häufig kraft des Beharrungsvermögens bestehen blieben.[9])[10]) Ferner aber sei vielleicht die Schwierigkeit, ein Stück Land genau zu beschreiben, von hemmendem Einfluß gewesen. Besonders der letztere Erklärungsversuch geht wohl von dem ganz richtigen Grundgedanken aus, daß die Besitzerwerbshandlung ihre Bedeutung im späteren römischen Recht vor allem darin hat, den Rechtszustand zwischen den beiden Parteien zu regeln. Vielleicht hat auch das sich allmählich ent-

[9]) Vergleichen ließe sich dies vielleicht mit der „symbolischen Investitur" im germanischen Recht, vgl. Amira S. 136ff.

[10]) Unbegründet ist übrigens der Vorwurf Windscheids S. 761 A. 5, daß Bähr die formlose Besitzübertragung für römisches Recht gehalten habe, ebenso der gleiche Pininskis Bd. 1 S. 330 gegen Jhering. Sowohl Bährs wie Jherings (Besitzschutz S. 204ff.) Ausführungen sprechen, wenn nicht überhaupt de lege ferenda, höchstens von gemeinem Recht.

wickelnde Institut der Leistungsklagen, der actiones arbitrariae, es für den Römer der klassischen und justianeischen Zeit besonders wichtig erscheinen lassen, den Termin ganz genau zu fixieren, wo die Möglichkeit der Anstellung dieser Klagen wegfiel. Es erscheint daher gar nicht notwendig, sich mit so gezwungenen und wohl auch unzutreffenden Erklärungen des justianeischen Rechtszustandes zu begnügen, wie es die Bährschen sind. Denn „daß aus der Entwickelung des römischen Besitzrechts gleichsam als ein Stück Eierschale an den klassischen Juristen" (Bähr S. 317) die hartnäckige Verfechtung des Publizitätsgedankens[11]) hängen geblieben ist, erscheint bei der eine neue Form der Besitzübertragungen durch Besitzübertragungsurkunden (vgl. unten § 6) schaffen wollenden Praxis, wenn man den praktischen Sinn der Römer in Betracht zieht, wenig glaublich.[12]) Auch ist es wohl nicht vorstellbar, daß die Beschreibung eines Grundstücks derart unmöglich gewesen sein sollte, zumal die Römer in Feldmesserarbeiten z. B. schon zur Zeit der gracchischen Landaufteilungsbewegung erhebliches leisteten (vgl. Mommsen Bd. 2 S. 98). Vielmehr ist die Form des Grundstücksbetretens wohl ausreichend damit erklärt, daß der bisherige Besitzer dem Erwerber des Grundstücks durch die Gewährung der Betretungsmöglichkeit desselben normalerweise — hierin sehe ich den zutreffenden Punkt der Pininskischen Ausführungen — das Vorhandensein der vacua possessio zeigt.[13])

§ 5.

Durch diese ratio sind aber auch die Ausnahmen von dieser Form erklärt, deren Begrenzung sich aus der Vorschrift der 23 D. 41, 2 ergibt: non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit (vgl. Hruza S. 238 ff.).

---

[11]) Nicht unmöglich wäre die Erklärung der Beibehaltung des Traditionscorpus aus der möglichst einheitlichen Gestaltung des römischen Besitzrechts, so daß man dem Okkupationscorpus zuliebe, das allerdings wohl stets eine materielle Bedeutung behielt, an dem nur formellen Traditionscorpus festhielt.

[12]) Auch die Herleitung des Festhaltens am Besitzcorpus aus dem Satz: dominia rerum non nudis pactis transferuntur ist kaum haltbar, da eine Übergabe durch instrumentum vacuae possessionis kein „nudum" pactum gewesen wäre.

[13]) Eine größere Garantie liegt aber normalerweise in dem Betreten des Grundstücks als in der Übergabe einer Urkunde.

Diese Auffassung des corpus erklärt einerseits die Möglichkeit der Zerreißung des Besitzerwerbsaktes. Dieser zerfällt dann in zwei Teile. Zunächst schließen Besitzer und Erwerber einen Besitzübertragungsvertrag (vgl. Dernburg § 178 zu A. 15). Der Erwerber erlangt hier aber erst den Besitz, wenn er ungestört in das Grundstück eingezogen ist, wie sich z. B. aus 12 und 18 D. 43, 16 ergibt. Hier wird wahrscheinlich auch eine größere Intensität des corpus erfordert.

Andererseits kann sich bei dem Besitzerwerb durch Tradition der Inhalt der Form derart verflüchtigen, daß tatsächlich das „quamlibet partem fundi introire" (vgl. Hölder S. 533ff.) genügt.

Daher fehlt ferner das corpus als Erwerbscorpus ganz bei der brevi manu traditio, d. h. der Besitzübertragung an den bisherigen Detentor. Denn in diesem Falle war das corpus des Besitzes nur unmöglich wegen des animus des bisherigen Besitzers, der nur wegzufallen braucht, um bei Entstehung des Besitzerwerbswillens auf seiten des Erwerbers aus der Detention wahren Besitz zu machen (vgl. die von Pininski Bd. 2 S. 100ff. zit. Quellenstellen). Das corpus des hanthaften Besitzes aber, die Tatsächlichkeit des Besitzzustandes, nicht nur des formellen Erwerbsvorganges, bedeutet naturgemäß mehr als die hier unmotivierte Form.

Verständlich wird schließlich auch das Celsinische Fragment 18, 2 D. 41, 2. Daß das römische Recht mit dieser Formerleichterung hat die traditio in re praesenti allgemein einführen wollen,[14]) wie es Pininski Bd. 1 S. 374 ff. als ratio legislatoria bezeichnet, erscheint überaus zweifelhaft, da das Fragment einen so verklausulierten Tatbestand zeigt, daß eine extensive Interpretation der Stelle unzulässig sein dürfte. Möglich scheint vielmehr (vgl. Hirsch S. 201 und Klein S. 78), daß hier das Dokument eines Schulstreites auf uns gekommen ist, wobei der auch sonst fortschrittliche Prokulianer Celsus die Formenstrenge nicht zu weit treiben wollte. Denn auch hier war der Form ihre ratio entzogen, da wenigstens

[14]) Windscheid S. 761 N. 5 will sogar die allgemeine Zulässigkeit des Besitzerwerbs in re praesenti aus 18, 2 und 3, 1 D. 41, 2, 77 de 6, 1 folgern. Über 18, 2 zit. vgl. oben. In 3, 1 zit. wird, wie oben S. 3 hervorgehoben, ausdrücklich das introire als „sufficiens", also nicht gerade für eine Formverschwendung erklärt. In 77 zit. wird gleichfalls gesagt, daß die Parteien nicht ante fundum, sondern „in fundo" gewesen seien, also wohl hineingekommen sein müssen

beim Erwerb kleinerer Stücke eines noch dazu benachbarten Grundstückes der ratio der Form genügt ist, wenn sie nicht in einer Tätigkeit des ganzen Körpers, sondern nur noch des leichter zu befriedigenden und in diesem Falle eine gleiche Garantie schaffenden Sinnes der Augen besteht. Daß man sich aber bei Abfassung dieser Stelle der Neuerung bewußt war, geht schon aus der ausdrücklichen Erläuterung hervor, daß die Wahrnehmung durch Sehen dem — regulärem — pedem inferre gleich geachtet werden soll.

§ 6.

Daß das römische Recht aber noch weit mehr von dem corpus beim Besitzerwerb an Grundstücken abstrahiert habe, behauptet Esmarch in seiner Schrift Vacuae possessionis traditio. Er formuliert S. 33 f., sein Beweisthema dahin, „daß die vacuae possessionis traditio, d. h. eine urkundliche Besitzräumungserklärung“ eine Veräußerung des Besitzes in dem Sinne enthalte, „daß der Tradent auf den Empfänger ein zweifaches Recht übertrage, nämlich: erstens den Besitz, soweit er Vermögen sei, sein Vermögen zu nennen, zweitens sich der Sache jederzeit eigenmächtig, einseitig bemächtigen zu dürfen, ohne Gefahr zu laufen, als Störer fremden Besitzes behandelt zu werden“. Hier interessiert an Esmarchs These nur, daß er die, wie wir bisher gesehen haben, immer noch sinnliche Beziehung des Erwerbes zu der zu erwerbenden Sache nicht mehr für ein unbedingtes Erfordernis des Besitzerwerbs erklärt. Zunächst ist Esmarch in der Wahl der Ausdrücke entschieden nicht glücklich gewesen, da seine angeblichen termini technici: missio in vacuam possessionem, vacuae possessionis traditio, missio in possessionem, promiscue mit den anderen Ausdrücken, die eine körperliche Erwerbshandlung bezeichnen, gebraucht werden (vgl. Pininski Bd. 1 S. 312). Es ist daher schon an sich kaum anzunehmen, daß sie eine besondere Bedeutung hatten. Trotzdem sind, wenn auch nicht die These selbst, so doch folgende Resultate Esmarchs als sehr wahrscheinlich, wo nicht als feststehend, anzusehen.

Wie aus den bei Bruns, Fontes S. 181 sub a und b und S. 183 sub d erwähnten, um die Mitte des 3. Jahrhundert p. Chr. n. entstandenen Urkunden hervorgeht, waren schriftliche Aufzeich-

nungen darüber, daß der bisherige Besitzer den Besitz aufgebe, damals durchaus gebräuchlich. Daß ihre Opportunität allgemein anerkannt wurde, daß sie vielleicht sogar in der Praxis für notwendig gehalten wurde, ist leicht möglich. Es kann daraus geschlossen werden, daß das offenbar einen Normaltatbestand der Tradition ausführende 2,2 C. Theod. II,29 auch die scriptura, worunter wohl eine derartige Urkunde zu verstehen ist, erwähnt. Ferner bemerkt Brunner S. 121 wohl zutreffend, daß „alle Wahrscheinlichkeit dagegen spreche, daß man eine einseitige Vollmacht, welche bis zur Apprehension zurückgenommen werden durfte, zum Gegenstand förmlicher Beurkundung gemacht habe“ (vgl. Brinz, Pand. S. 508). Vielleicht läßt sich sogar aus der Schlußbemerkung des erwähnten Fragments: neque de veteri iure discedere, entnehmen, daß manche die emissio scripturae, von der inkonsequenterweise gesagt wird, daß sie die praedia transferat, für ein ausreichendes Traditionscorpus hielten. Aber ebenso unzweideutig geht aus diesem Fragment hervor, daß die Rechtsprechung nicht geneigt war, auf die corporalis traditio zu verzichten. Aus den Digesten erhellt gleichfalls, daß die corporalis traditio als wesentlicher formaler Bestandteil des Besitzerwerbsvorganges bestehen geblieben ist. Denn als einzige, nicht direkt widerlegbare Stelle, die Esmarch anführt, bleibt 34 pr. D. 41, 2 bestehen, die aber bei ihrer Vieldeutigkeit füglich nicht zum Fundament einer ganzen Theorie gemacht werden kann (vgl. unten S. 24 ff.). Wenn man diesen instrumenta vacuae possessionis die von Esmarch beigelegte Bedeutung bemessen wollte, so würde wohl auch in einer ganzen Anzahl Stellen, wo das Besitzerwerbscorpus in dem oben S. 8 erwähnten Sinne zerrissen wird, ein solches anzunehmen sein. Ob dies der Fall war, läßt sich zwar nicht ersehen; jedenfalls aber ergibt sich, daß nach einer ganzen Reihe von Fragmenten dem Besitzerwerbscorpus erst mit dem tatsächlichen Betreten des Grundstücks genügt ist. In 12 und 16 D. 43,16 werden z. B. zwei ganz gleiche Fälle berichtet, in denen der Verkäufer ein Grundstück, das er an einen Kolonen verpachtet hatte, einem Dritten verkaufte und ihn in fundum misit, was ja nach Esmarchs Ansicht ein instrumentum vacuae possessionis traditionis voraussetzen würde. Der Käufer, dem der Kolone Widerstand bei der Besetzung entgegensetzt, vertreibt ihn. Hier wird hervorgehoben, daß der Käufer hiermit widerrechtlich gehandelt hat. Denn: „non ante omissam posses-

sionem videri, quam si tradita fuisset emptori". Auch 53, 1 D. 45, 1 scheint mir kein Argument für die Esmarchsche Ansicht zu bieten, da causa bonorum — speziell in diesem Zusammenhang — dahin aufzufassen sein wird, daß dem Versprecher nicht nur eine actio certi erwachse auf Leistung der Tradition, sondern eine actio incerti auch auf das Interesse, wenn die Parteien dies vereinbart hätten, was sie ja in der Hand hatten, da sie der Stipulation die genauere Form geben konnten (53 pr. D. 45,1). In 4 pr. D. 22,1 lag offenbar eine stipulatio certi vor; daher konnte nur mit actio certi geklagt werden. Abw. Esmarch S. 24 ff. Auch der Annahme steht kaum etwas entgegen, daß der Codex Justinianeus noch denselben Standpunkt vertritt. Allerdings scheint die Praxis sich immer mehr von der corporalis traditio entfernt und diese allein auch nicht mehr für ausreichend zum Besitzerwerb gehalten zu haben, wie aus den immer häufiger werdenden Anfragen wegen dieses Punktes hervorgeht; vgl. 12 C. 4,38; 2 C. 7,32 und 12 C. 4,21. Es wird aber weiterhin besonders 2 C. 7,32 betont, daß das instrumentum testationis vacuae possessionis kein wesentlicher Bestandteil des Besitzerwerbs sei und es — den consensus der Parteien vorausgesetzt — vollauf genüge, wenn der Erwerber „in possessionem ingressus" sei.

§ 7.

Dadurch, daß im römischen Recht das Kausalgeschäft eine eigentümliche feste Verknüpfung mit dem Besitzerwerbsakt aufwies, war es einerseits möglich geworden, das körperliche Element aus dem Besitzerwerbsvorgang immer mehr auszuscheiden. Andererseits hatte diese Herabdrückung des corpus von einem Wesensbestandteil zu einem Formerfordernis des Vorganges aber auch zu einem hartnäckigen Festhalten grade an dieser Form geführt, gegen das zwar von der Praxis, wie wir gesehen haben — aber bis zur Justinianeischen Kodifikation vergeblich — angekämpft wurde. Im Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich diese Verknüpfung mit dem Kausalgeschäft in erheblich geringerem Maße. Grundsätzlich hat dasselbe vielmehr die Verbindung mit demselben abgestreift. „Der Besitz wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben", wie § 854 Abs. 1 BGB. besagt. Es ist also das corpus hier wieder materiellwichtiger, ja ausschlaggebender Bestandteil

des Besitzerwerbsaktes. Weil aber das corpus keine Form mehr ist, wird auch die Tatsächlichkeit nicht mehr so streng körperlich aufgefaßt wie im römischen Recht. Daher kann § 854 Abs. 2 BGB. diese Tatsächlichkeit für die uns interessierenden Fälle des mit dem Willen des Vorbesitzers erfolgenden Besitzwerbs dahin erläutern, daß: „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben". Es ist daher die Frage, wann Besitz erworben ist, nur mehr nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen, „es ist", wie Biermann S. 5 mit Recht sagt, „gleichgültig, ob die Einigung in der Nähe des Grundstücks oder davon entfernt, etwa vor Gericht oder auf dem Notariatsbüro erklärt wird". In einer Beziehung aber hat das Bürgerliche Gesetzbuch Ähnlichkeit mit dem römischen Rechte, insofern als es die Intensität des corpus bei dem Erwerb mit dem Willen des bisherigen Besitzers eine viel geringere sein läßt, allerdings nicht, wie das römische Recht, einem Drängen des Verkehrs nur widerwillig nachgebend, sondern diesem vollkommen freie Bahn lassend. Daß aber mit dieser Abspannung der Körperlichkeit deren Bedeutung nicht geschwunden ist, geht schon daraus hervor, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auch im Abs. 2 des § 854 betont, der Erwerber müßte in der Lage sein, den Besitz auszuüben. In der Lage wäre er z. B. nicht, wenn „die Gewalt des bisherigen Besitzers sich in einer Weise betätigt, welche für den Erwerber die Möglichkeit der Gewaltausübung ausschließt", worauf Planck S. 32 f. mit Recht hinweist. Im römischen Recht wäre ein ähnlicher Fall ungefähr der den 12 und 18 D. 43,16 zugrunde liegende Tatbestand. Unbedenklich läßt sich hingegen für das Bürgerliche Gesetzbuch ein Tatbestand wie die traditio ex turre der 18, 2 D. 41, 2 verallgemeinern, in dem Sinne, wie es Windscheid S. 761 A. 5 in m. E. unzulässiger Weise für das römische Recht tun will. Schließlich ist wohl heute die häufigste Art der Grundstücksübertragung die — wenn wir den Esmarchschen terminus technicus gebrauchen wollen — vacuae possessiones traditio. Denn man wird im Zweifel in der Auflassung die Besitzübertragung sehen können (vgl. statt aller Biermann S. 7; Planck S. 32).

§ 8.

Das zweite Erfordernis, das die römischen Quellen als grundlegend für den Besitzerwerb aufstellen, ist der „animus", mit Jhering wohl am besten mit „Besitzwille" zu verdeutschen[15]). Auch der Besitzwille ist ein Begriff, der zwar faktischer Natur ist, aber durch die Rechtsordnung näher umgrenzt werden kann. Es kann daher das Recht bestimmen, daß bestimmten Personen der Besitzwille stets oder in gewissen Fällen fehle.

Grundsätzlich wird er, besonders nach älterem römischen Recht, Kindern und Wahnsinnigen abgesprochen, wie es in 1, 3 D. 41, 2 heißt: furiosus et pupillus non potest incipere possidere. Für den infans ist aber insofern eine Möglichkeit des Besitzerwerbs geschaffen, als er Besitz erwerben kann, tutore auctore (32, 2 D. 41, 2), indem der Wille des Kindes ersetzt wird durch den des tutor. Später[16]) scheint man den praktischen Bedürfnissen entgegengekommen und von der Voraussetzung aus, daß der Besitz eigentlich eine res facti sei, trotz der gegenteiligen Ansicht einzelner Rechtsgelehrter (quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes), die Möglichkeit eines Erwerbs des Besitzes seitens eines infans auf Grund einer Schenkung zugelassen worden zu sein. Diese Stelle, 3 C. 7, 32, lautet:

> Imp. Decius A. Rufo. Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur, quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plures non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin, sicuti viri consultissimi Papiniani responso continetur, ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. PP. v. K. April. Decio A. II. et Grato conss.

Über diese Stelle herrschte in der gemeinrechtlichen Theorie Streit. Als seiner Theorie besonders entsprechend sucht Esmarch § 12 diese Stelle auszulegen. Indessen fände ich es direkt widersinnig, wenn man grade mit der Erleichterung des Grundstücks-

---

[15]) Daß ein solcher „animus" des Erwerbers immer in den hier zu besprechenden Fällen vorliegt, ist wohl anzunehmen, da Fälle wie bei Mobilien (jemand steckt einen Gegenstand dem andern in die Tasche) bei Immobilien schwer denkbar sind.

[16]) 3 C. 7, 32 stammt aus dem Jahre 250 p. Chr. n.

erwerbs für Kinder den Anfang gemacht hätte. Ich glaube vielmehr, daß es sich hier, ähnlich wie nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, nur um Dinge handelt, „die man Kindern zu schenken pflegt“ (Jhering, Besitzschutz S. 157).[17]) Dafür, daß letztere Stelle dieser Auslegung entspricht, spricht m. E. auch die Behandlung des Besitzerwerbs der Pupillen (vgl. hierzu Affolter S. 2 f.). Denn bei diesen wird ausdrücklich (1 D. 41, 2) darauf hingewiesen, daß man bei der Lösung dieser Frage darauf zu sehen habe, daß der Besitz eine res facti sei, und daß daher der Besitzerwerb der Pupillen auch ohne Zustimmung des Vormunds (etiam sine tutoris auctoritate: 32 D. 41,2) erfolgen könne, wenn er das Alter hätte, um die genügende Einsicht zu haben (si eius aetatis sint ut intellectum capiant: 1, 3 cit.). Auch diese Ansicht ist anscheinend erst nach Kämpfen der Theoretiker, wie der Hinweis auf die offenbaren Urheber der neuen Theorien, Ofilius und Nerva filius, zeigt, zur Geltung gekommen. Bei den filii familias entwickelte sich die Besitzerwerbsfähigkeit analog der allgemeinen Entwicklung bezüglich ihrer Geschäftsfähigkeit überhaupt. Die Sklaven konnten natürlich keine selbständige Besitzerwerbsfähigkeit haben, da sie rechtlich Sachen waren.

Ähnlich war im römischen Recht der Besitzerwerb juristischer Personen geordnet. Auch ihnen mag wohl ursprünglich die Besitzerwerbsfähigkeit gefehlt haben. Nach Justinianeischem Recht war sowohl den Municipes, von denen es in l. 2 D. 41, 2 erwähnt wird, als auch den übrigen juristischen Personen, die in l. 7, 3 D. 10, 4 den Municipes gleichgestellt werden, die Möglichkeit direkten Besitzerwerbes durch ihre Organe zuerkannt, wie aus l. 14 D. 50, 1 hervorgeht (vgl. besonders Laube S. 49 ff.).[18])

Eine ähnliche Entwicklung nahm auch die des Einflusses der mangelnden Verfügungsbefugnis,[19]) die im römischen Recht infolge der ausgedehnten Schenkungsgesetzgebung besonders bezüglich der Schenkungen unter Ehegatten eine nicht unbedeutende Rolle spielte.

---

[17]) Eine Zusammenstellung der einschlägigen Literatur ist Siepmann, allerdings mehr vom Standpunkte der gemeinrechtlichen Doktrin aus.

[18]) Zu weit ab führen würde die Untersuchung, ob die hereditas iacens nach dem römischen Recht einer juristischen Person in dieser Beziehung gleichgestellt wird; vgl. Laube S. 49.

[19]) Literatur: Pininski Bd. 2 S. 42; Kohler, Arch. S. 198 f.; Bekker S. 95 Anm. 1.

Auch hierfür stellte wohl das Gesetz ursprünglich eine Fiktion auf, daß der animus des Erwerbers und daher der Besitzerwerb auf Grund einer solchen Schenkung zu leugnen sei. Noch in l. 26 D. 24, 1 wird die Entscheidung des Paulus referiert, daß die beschenkte Ehefrau iure civili non possidere. Ebenso äußert sich Ulpian in l. 46 und l. 3, 10 D. 24, 1 dahin, daß nicht einmal eine Schenkung bezüglich des Besitzes anzunehmen sei. Trotz dieser Stellen ist wohl im Grunde genommen dies nicht mehr die Ansicht des corpus iuris civilis. Denn eben Paulus, der sich hierbei bereits auf die herrschende Lehre berufen kann, sagt in l. 1, 2 D. 24, 1, daß diese strenge Ansicht nicht nötig sei, da der Besitz kein Institut des ius civile sei, und greift auch hier wieder auf die These: der Besitz eine res facti, zurück, die keiner Bekräftigung durch das ius civile bedürfe. Daher wird aber andererseits der Besitz aus einer Schenkung unter Ehegatten nur insoweit anerkannt, als er wirklich eine res facti ist, und dem okkupationsweisen Besitzerwerb z. B. auch in der Beziehung gleichgestellt, daß bei ihm keine accessio possessionis eintreten kann.

§ 10.

Da das Bürgerliche Gesetzbuch das faktische Moment beim Besitz, soweit § 854 Abs. 1 in Frage kommt, viel schärfer betont als das römische Recht, so ist es auch nur folgerecht, daß es keine Bestimmung über den animus aufgenommen hat; es kann daher eine Besitzerwerbsfähigkeit oder Besitzerwerbsbefugnis im technischen Sinne nicht mehr geben. Trotzdem wird man, wenn auch in einem anderen Sinne häufig — wohl sogar bei der größten Zahl der uns speziell interessierenden Fälle — von einem Besitzwillen reden können. Bloß ist die Frage nicht von positiven Rechtssätzen, sondern von psychologischen Gesichtspunkten aus zu beantworten. Selbstverständlich scheiden daher für das Bürgerliche Gesetzbuch alle die Fälle aus, wo das römische Recht von besonderen wirtschaftlichen und kulturellen Gesichtspunkten aus im Gegensatze zu der für uns natürlichen Anschauung die Geschäftsfähigkeit leugnet, so vor allem die der mündigen Haussöhne und der beschenkten Ehegatten. Bei Kindern — besonders ganz jungen — sowie bekanntermeise Geisteskranken wird gleichfalls selten wohl auch nur

in den von l. 3 D. 7, 32 umfaßten Fällen die für den Grundstückserwerb, wie oben erwähnt, schwerlich in Frage kommen — von einem Besitzwillen gesprochen werden können; generell abweichend Dernburg, Persönliche Rechtsstellung S. 12, der sich aber jetzt Sachenrecht S. 59 der herrschenden Lehre angeschlossen hat. Anders hingegen bei den beschränkt Geschäftsfähigen, in gewissen Fällen auch bei Geschäftsunfähigen und Geisteskranken. Nehmen wir z. B. folgenden Fall an: Ein zwanzigjähriger junger Mann, oder ein Geisteskranker, von deren teilweiser oder völliger Geschäftsunfähigkeit der bisherige Besitzer eines Landguts nichts weiß, schließt mit diesem einen Pachtvertrag ab und nimmt das Gut in Bewirtschaftung, ohne daß der Vormund oder der gesetzliche Vertreter davon Kenntnis hat. In diesen Fällen wird man sicherlich einen Besitzwillen des Erwerbers behaupten können.

Auch von einer Besitzerwerbsfähigkeit der juristischen Personen wird man wohl nach dem heutigen Rechte zu sprechen befugt sein. Denn, wenn man auch erwägt, daß ihr Dasein nur Produkt juristischer Spekulation ist, so kann man doch füglich sagen, daß dieses — wenn auch nur gedachte — Wesen doch so konkret empfunden wird, daß ein für dasselbe vorgenommener Erwerb „dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint“ (Goldschmidt S. 78). Auch entspricht es wohl der Lebensauffassung, die juristische Person erst mit ihrer Entstehung gewaltfähig werden zu lassen (abweichend Blume S. 351; Kniep, Besitz S. 55).

§ 11.

Der Besitzwille selbst muß auf das zu erwerbende Objekt gerichtet sein. Wenn aber einzelne Schriftsteller, besonders Savigny S. 238; Sohm S. 24; Meischeider S. 227, das „Bewußtsein unbeschränkter physischer Herrschaft“ (Savigny) über die zu erwerbende Sache verlangen, so haben sie wohl selbst dieses Bewußtsein nicht so konkretisiert für nötig halten wollen,[21]) daß der Erwerber „wissen“ müsse, welchen bis in die Einzelheiten fixierten Gegenstand er erwerben wolle, wie es Randa S. 454 Anm. 2a

[21]) Mit Ausnahme Lenz' S. 274, der tatsächlich z. B. im Falle der l. 55 D. 41, 1 den Besitzanimus an dem Eber erst entstehen läßt mit tatsächlicher Besichtigung des in der Schlinge eingefangenen Tieres.

ausdrücklich hervorhebt. Auch in den Quellen findet sich hiervon keine Spur. Es ist hier lediglich als negatives Tatbestandsmoment gefordert, daß der Erwerber nicht „ignorans" sein dürfe. Auch ersehen wir aus l. 34 D. 41, 2, daß ein Irrtum über das „nomen" der Sache rechtlich nicht beachtlich ist. Im allgemeinen wird man wohl sagen können, daß ein rechtlich beachtlicher Irrtum erst dann vorliegt, wenn keine Identität der erworbenen Sache und derjenigen, die man hat erwerben wollen, vorhanden ist (vgl. Leonhard S. 340 f.). Liegt aber ein solcher Irrtum vor, dann gilt der Satz: ignoranti non adquiritur possessio.[22])

In der mangelnden Möglichkeit genügend bestimmter Vorstellungen des zu erwerbenden Objekts hat auch die Leugnung der Möglichkeit des Erwerbs gemeinschaftlichen (Mit)besitzes ihren Grund. Die Römer scheinen denselben nur dann zugelassen zu haben, wenn jeder der Erwerber den Besitzwillen auf einen bestimmten ideellen Teil der Sachherrschaft richtet (ebenso Bruns S. 522; Randa S. 504). Es wird wohl anzunehmen sein, daß die Römer einen Besitzerwerb mangels dieser Voraussetzungen nicht angenommen haben. Zu Zweifeln gibt in dieser Beziehung besonders l. 32, 2 D. 41, 3 Anlaß, da hier fraglich ist ob das „mera subtilitate" als eine Verneinung oder Bejahung der Unmöglichkeit des Erwerbs anzusehen ist. Es ist vielleicht mit Wolff S. 152 Anm. 20 anzunehmen, daß die Worte mera subtilitate interpoliert sind, und nach klassischem römischem Recht der Besitzerwerb hier unmöglich war, im Justinianeischen Recht aber, vielleicht, was die Verhältnisse der Mitbesitzer anlangt, zwar der Besitz nicht erworben war, Außenstehenden gegenüber aber als erworben galt (so Windscheid § 152 Anm. 12; vgl. hier auch die Literatur dieser Frage). Ähnlich Puchta S. 497 f.

§ 12.

Bezüglich der Vorstellung des Objekts werden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch im allgemeinen wohl ähnliche Grundsätze anzunehmen sein, wie im römischen Recht, da eine gewisse Kenntnis der Sache notwendig ist, um über sie die „tatsächliche Gewalt" zu

[22]) Bemerkt der Erwerber die Nichtidentität der erworbenen Sache so erwirbt er, wenn er sie trotzdem mit Besitzwillen detiniert, zwar Besitz, aber durch contrectatio, also unabhängig vom Willen des bisherigen Besitzers.

erlangen. Eine nähere Definition wird hier kaum angängig sein (vgl. z. B. Wolff S. 156 ff.). Ganz anders sind aber unsere Anschauungen bezüglich des Mitbesitzes. Er ist bei uns, wie aus seiner mehrfachen Erwähnung im Bürgerlichen Gesetzbuch z. B. in den §§ 806, 1081, 1206 hervorgeht, zu einem gesetzlich anerkannten Begriff geworden. Geht doch überhaupt das deutsche Recht hier von ganz anderen Begriffen aus als das römische Recht, wie sich dies schon z. B. in der anderen Grundanschauung hinsichtlich der körperschaftlichen Begriffe zeigt. Die römische Familie hat stets begrifflich ihren Ausdruck in der Einheit gefunden. Die Spitze dieses Urorganismus, der pater familias, bleibt auch in der weiteren Entwicklung das einzig Wesentliche. Im deutschen Rechte dagegen ist der breite Unterbau eine zu einer Einheit verschmolzene Gesamtheit, eine gesamte Hand. Daher sieht das Bürgerliche Gesetzbuch auch in dem Mitbesitz keine begriffliche Unmöglichkeit, und es gelten für seinen Erwerb keine Sondervorschriften (vgl. Wolff S. 165; Windscheid S. 789).

§ 13.

Ein besonders lebhafter Streit ist in dem 19. Jahrhundert darüber geführt worden, welche Intensität der animus des Erwerbers bezüglich der zu der zu erwerbenden Sache zu schaffenden Beziehung haben müsse. Savigny S. 210 stellte hierfür die Formel auf, daß der Wille des Erwerbers gerichtet sein müsse auf „die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen“. Den schärfsten, auch wohl meist beachteten Angriff gegen diese Definition hat Jhering in seinem Werke „Besitzwille“ unternommen, in dem er zu dem Schlusse kommt, daß der Besitzwille sich in nichts Wesentlichem von dem vielleicht mit Sachnutzungswillen zu identifizierenden — Detentionswillen unterscheidet, und daß daher der Besitzbegriff mit dem Willen des Erwerbers als einem besonders zu qualifizierenden nur so viel zu tun habe, daß der Besitzwille nur dann bei Vorhandeneins des Detentionswillens nicht anzunehmen sei, wenn der Gegenbeweis erbracht würde. Ob letztere Beweisregel im römischen Recht vorhanden war, entzieht sich der Beurteilung, da sich in den Quellen kein Anhalt dafür findet (vgl. Hruza S. 225). Es ist aber unwahrscheinlich, daß es sie gab, weil sie infolge des Prinzips der

freien Beweiswürdigung nicht nötig war, wie Randa S. 54 mit Recht hervorhebt. Ob der Besitz bei Vorhandensein in der Detention als Regel oder Ausnahme nach römischem Recht anzusehen ist, muß gleichfalls dahingestellt bleiben (vgl. Randa S. 56).[23]) Aber auch die Savigny sche Formel ist durchaus nicht exakt. Es liegt dies hauptsächlich daran, daß er den Besitzbegriff zu eng faßt, indem er ihn zu sehr auf das Eigentum zuspitzt. Aber die Definition paßt nicht einmal bei gleichzeitigem Vorhandensein von Besitz und Eigentum, da es hier nicht angängig ist, von der „Möglichkeit, jede fremde Wirkung auf die Sache auszuschließen", zu sprechen, wo das Eigentum auch im römischen Recht mannigfachen gesetzlichen Beschränkungen unterworfen ist (vgl. Windscheid § 169). Auch die physische und die unmittelbare Möglichkeit hierzu ist durchaus nicht immer gegeben. Was hiernach von der Savigny schen Definition übrig bleibt, ist die „Möglichkeit, auf die Sache zu wirken". Indessen läßt sich doch wohl der Kreis etwas enger ziehen, wenn es auch, wie Goldschmidt S. 99 zutreffend erwähnt, nicht möglich ist, in einer Definition die Grenzen abzustecken. Sagt doch Proculus nach Aufzählung einiger Einzelfälle mit Recht in l. 55 D. 41, 1: summam tamen hanc esse puto, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. Nur das Eine läßt sich wohl noch hinzufügen, daß diese potestas in einer gewissen sozialen Herrschaft bestehe (facultas et potestas exhibendi 21 D. 9, 4). Wann diese Herrschaft aber als begründet gilt, läßt sich exakt wohl nur durch die Formaldefinition wiedergeben, daß sie vorhanden ist, wenn das Gesetz es sagt; ebenso Dernburg S. 400. Ob aber ein tatsächlicher, begrifflich auf ein Unterscheidungsmerkmal zurückführbarer Unterschied zwischen Besitz und Detention besteht, kann fraglich sein. Es ist indes wahrscheinlich, daß sich die possessio stets als ein intensiveres faktisches Herrschaftsverhältnis dargestellt hat als die detentio.[24]) Auch erscheint es leicht möglich, daß von dem Erwerber ein sich auf die causa mit beziehender Besitzwille gefordert wurde. Dies scheint sich gerade aus den zwei vor allem von Jhering, Besitzwille S. 341 ff. und Pininski Bd. 2 S. 210, 553 ff. gegen diese Annahme

[23]) Über die einzelnen Fälle der Anerkennung des sogen. abgeleiteten Besitzes vgl. Windscheid S. 768 ff. und die dort Zitierten.

[24]) Versuche, dies historisch zu erklären, z. B. Dernburg, Juristischer Besitz; Bekker S. 92 ff.

ins Feld geführten Stellen zu ergeben, da in beiden Fällen nur aus ganz eklatanten Billigkeitsgründen von dem bestimmten animus possidendi abgesehen wird. Es sind dies 21 und 44, 4 D. 41,3.[25]) In 21 cit. wird berichtet, daß ein Erbe von einem Erbschaftsbesitzer eine von ihm ererbte Sache gemietet hat, ohne sein Eigentum daran zu kennen. Hier wird erklärt, daß der Erbe trotz des mangelnden animus Besitzer sein und daher die Ersitzungsfrist für ihn laufen solle. Diese Vorschrift ist aber wohl auch nur um deswillen aufgenommen, um dem Eigentümer die Ersitzung nicht unnötig zu erschweren.[26]) Nach l. 44, 4 cit. soll ein Sohn, der seinen Vater irrtümlich für noch lebend hält, und eine Sache als Vertreter für diesen erwerben will, diese für sich erwerben und ersitzen. Hier liegt aber, worauf Randa S. 55 mit Recht hinweist, die Sachlage so, daß der Sohn wohl den Besitzwillen haben würde, wenn er von dem Fehlen des diesen unmöglich machenden Grundes Kenntnis hätte. Ferner mag auch hier vielleicht der Gedanke nicht fern gelegen haben, daß die beschränkte Erwerbsfähigkeit des Haussohnes nicht mehr recht zeitgemäß sei. Insgesamt lassen sich diese Ausnahmefälle zurückführen darauf, daß hier infolge der tatsächlich unbeschränkten Gewalt vom animus in seiner vollen Intensität abgesehen wird, weil, wie Pininski Bd. 2 S. 555 zutreffend bemerkt: plus est in re quam in existimatione mentis.[27]) Zweifelhaft kann auch sein, ob das römische Recht den animus der causa in dem Sinne des den Besitz rechtfertigenden Grundgeschäfts verlangt. Bei der engen Knüpfung des Besitzes an die causa ist dies

---

[25]) Daß in 44, 4 cit. eine Sondervorschrift liegt, dafür spricht m. E, auch die Bezeichnung der übrigen Bestimmungen der 44 cit. als „iura singularia“ in § 3 cit.

[26]) Wenig in sein System passend und daher unrichtig mag Randa S. 56 diese Entscheidung vielleicht von seinem Standpunkte aus mit Grund finden. Wenn man aber bedenkt, eine wie bedeutende Rolle die Ersitzung im römischen Recht spielte, so liegt m. E. hierin eine vollkommen zu rechtfertigende Ausnahme von der — in praxi eben doch sehr harten — Regel des unbeschränkt verfolgbaren Eigentums.

[27]) Auf ähnlichen Gründen beruht es, daß auch nach dem BGB. Fälle möglich sind, in denen auf Grund des intensiveren körperlichen Moments nur eine geringere Intensität des geistigen gefordert wird; allerdings tritt hier die Ausnahme von der Regel weniger hervor, weil der Besitzwille als besonderes Tatbestandsmoment nicht mehr grundsätzlich verlangt wird; vgl. Affolter S. 6 f.

aber immerhin wahrscheinlich. Abzusehen ist jedoch von einem tatsächlich vorhandenen Kausalgeschäft, da Besitzerwerb ex titulo putativo grundsätzlich anerkannt wird (vgl. Pininski Bd. 2 S. 246 Anm.).

§ 14.

Grundlegend verschieden ist die Beurteilung dieser Frage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Wie Kohler Enzyklopädie, S. 600 zutreffend bemerkt, braucht das „individuelle Moment" nur darin zu bestehen, „daß man die Zusammengehörigkeit, die ..... durch die sozialen Verhältnisse gegeben ist, nicht von sich ablehnt". Ein solcher — z. B. im Schlafe erfolgender — Besitzerwerb an Grundstücken ist jedoch kaum denkbar. Im allgemeinen wird vielmehr ein Wille des Erwerbers als notwendig anzunehmen sein, der aber — hiermit ist der große Savigny-Jheringsche Streit beendigt — nur ein: für sich haben und gebrauchen wollen, umfaßt. Einen vom Besitzanimus verschiedenen Detentionsanimus gibt es, da diese Grenze gefallen ist, nicht mehr. Trotz dieser Abstraktion von der causa im Bürgerlichen Gesetzbuch lassen sich wohl Fälle denken, wo ein Irrtum bei dem Besitzerwerb vorliegt über den Sinn der Erwerbshandlung. Wenn z. B. — der Fall von 44, 4 D. 41, 3 — ein Sohn Besitzer wird, in der Meinung, Besitzdiener des Vaters zu sein — er nimmt also z. B. die Auflassung eines Grundstücks für diesen als bevollmächtigter Angestellter in dessen Geschäft entgegen — und der Vater unterdessen gestorben ist, so geht hier der Besitz des Grundstücks nach § 857 BGB. auf den Sohn trotz seiner Unkenntnis über. Der Grund ist bei uns allerdings nicht Resultat spezieller Billigkeitserwägungen, sondern die Folge eines allgemeinen erbrechtlichen Prinzips. Schließlich sei noch erwähnt, daß § 872 BGB. bestimmt: „Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer". Die sich hieran anknüpfenden Fragen haben aber mit dem Besitzerwerb nichts zu tun. Daß der Irrtum beim Besitzerwerb nach § 854 Abs. 1 BGB. unmöglich ist, vgl. Windscheid S. 784; Aravantinos S. 150.

§ 15.

Wie oben gezeigt, sind die Fälle einer Tradition eines Grundstücks ohne Betreten desselben im römischen Recht ziemlich selten

Viel öfter wird der Besitzerwerbsakt (vgl. oben S. 8) in zwei Teile zerrissen worden sein, wie dies in den hier zu besprechenden u. a. Fällen z. B. 12 und 18 D. 43, 16 der Fall ist. Gerade diese Fälle scheinen aber zu recht bedeutsamen Fragen Anlaß gegeben zu haben, wie aus einigen Entscheidungen hervorgeht. Es sind dies 11 D. 41, 1 und 33 und 34 pr. D. 41, 2.

11 D. 41, 1 lautet: Marcianus libro tertio institutionem. Pupillus quantum ad adquirendum non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est: quae sententia vera est.

Diese Stelle hat von jeher der Exegese große Schwierigkeiten bereitet. Wie Savigny S. 356 A. 4 berichtet, hat z. B. Cuperus angenommen, daß zwischen ihr und 29 D. 41, 2 ein unauflöslicher Widerspruch bestände, in welch letzterer Stelle erwähnt wird, daß der Pupillus nicht animo, aber corpore den Besitz verlieren könne. Eine derartige Antinomie ist indes schwerlich anzunehmen, da beide Stellen sich auf Sabinus als ihren geistigen Schöpfer berufen. Savigny sucht nun den Widerspruch durch die Annahme zu lösen, daß in 11 cit. nur behauptet werde, daß das Kind nicht die naturaliter an den Besitz geknüpften Rechte verlieren könne; aber erstens wäre dann die Ausdrucksweise der Stelle eine sehr merkwürdige, da z. B. die accessio possessionis doch sicherlich keinen naturalen, sondern einen durch die Rechtsordnung schon stark beeinflußten Besitzbegriff voraussetzt. Richtig ist ferner auch die Bemerkung Pininskis Bd. 2 S. 39, daß eine dem römischen Recht so selbstverständliche These kaum Gegenstand eines Schulstreites gewesen wäre.[29]) Ob über diese Stelle jemals völlige Klarheit geschaffen werden wird, kann zweifelhaft sein. Am wahrscheinlichsten ist wohl die Erläuterung, die zuletzt Pininski Bd. 2 S. 39ff. von ihr gibt, einer Anregung folgend, die auf Brinz, Jahrb. S. 46 und Esmarch S. 46 zurückgeht. Hiernach ist das Fragment so aufzufassen, daß darin von einer alienatio, einer Besitzübertragung, die Rede ist, die wegen ihrer abgeschwächten, aber immer noch vorhandenen Körperlichkeit nur bei der Tradition möglich war.

---

[29]) Beachtenswert ist vielleicht auch, daß die Stelle aus „institutiones“ herrührt. Es war also wohl eine recht berühmte Streitfrage, wenn sie in einem solchen Leitfaden aufgenommen wurde.

Im weiteren Sinne läge also hier ein corpus traditionis vor, das aber für ungenügend erachtet wird, weil von einem Kinde eben keine Tradition in dem Sinne vorgenommen werden kann, daß, was etwa am corpus fehle, durch den Besitzaufgebungswillen des Tradenten wett gemacht werden könnte. Da aber ein für die Okkupation ausreichendes corpus nicht vorhanden ist, ein Wille aber nicht möglich ist, so ist kein Besitz erworben.[30])

Überaus fraglich aber kann es erscheinen, ob die beiden anderen Fragmente beweisend sind in der uns beschäftigenden Frage nach der Sukzession in den Besitz. Auch sie sind mehrfach — gerade in jüngster Zeit — erläutert worden. 33 D. 41, 2 lautet:

> Pomponius libro trigensimo secundo ad Sabinum. Fundi venditor etiamsi mandaverit alicui, ut emptorem in vacuam possessionem induceret, priusquam id fieret, non recte emptor per se in possessionem veniet, item sie amicus venditoris mortuo eo, priusquam id sciret, aut non prohibentibus heredibus id fecerit, recte possessio tradita erit, sed si id fecerit, cum sciret dominum mortuum aut cum sciret heredes id facere nolle, contra erit.

Von allen anderen Erklärern abweichend, setzt hier Kohler Arch. S. 180 ff. als Subjekt in den Sätzen „priusquam id sciret“ und „cum sciret“ den missus voraus und gelangt so zu dem allerdings sehr einfachen und verständlichen Resultat, daß der bösgläubige missus keinen Besitz erwerbe. Diese Annahme ist aber kaum möglich, da, wie Pininski Bd. 2 S. 29 A. 1 mit Recht dagegen geltend macht, „besonders der letzte Satz mehr als unnatürlich wäre, wenn man ein anderes Subjekt für ‚fecerit‘ und ein anderes für ‚sciret‘ supplieren müßte“. Für seine Theorie der Sukzession in den Besitz will, wenn auch zögernd, Brinz, Jahrb. S. 44 f. die Stelle fruchtbar machen, indem er ausführt, daß der Besitz von einem nicht Bevollmächtigten erworben würde. Zu einem Grundpfeiler seiner ähnlichen Theorie, von der vacuae possessionis traditio macht sie Esmarch S. 57 ff. Er führt unter Anführung einzelner analoger Stellen aus, daß das non recte tradita — hier nur bedeuten könne, „die vorgenommene Tradition entspreche den gesetzlichen Erfordernissen nicht, sei deshalb ohne

---

[30]) Die Bemerkung Kohlers, Arch. S. 200, über diese Stelle bedeutet keine Auslegung, sondern die Unterdrückung dieses Fragments.

juristische Bedeutung, vom juristischen Standpunkte aus gar nicht vorhanden" (S. 38). Der Brinzschen Auslegung schließt sich ferner Pininski an (Bd. 2 S. 26ff.), vor allem, weil mit dem „non recte . . . veniet" zu Anfang der Stelle die vollkommene Leugnung des Besitzerwerbes ausgesprochen sei, daher das „contra erit" am Schlusse der Stelle ebenso aufgefaßt werden müsse. Trotzdem erscheint es mir nicht unzweifelhaft, ob sich aus dieser einen Stelle tatsächlich, wie Pininski Bd. 2 S. 38 formuliert, die Regel ergibt, „daß die Tradition von seiten eines zur Übergabe nicht berechtigten Detentors die Besitzänderung nicht bewirkt, solange auf seiten des Nehmers kein zur Okkupation hinreichendes corpus vorliegt". Denn die Brinzsche und die Esmarchsche Exegese sind nur Hypothesen. Das Pininskische Argument erscheint mir gleichfalls nicht sehr bedeutsam, da das „contra erit" nur eine Antithese zu dem „recte tradita erit" zu sein braucht, was bei der örtlich näheren Stellung auch wahrscheinlicher ist. Das „recte" bei „tradita erit" erscheint aber ausreichend erklärt, wenn es „eine vollkommen fehlerfreie Tradition" bedeutet. Es ist daher dieses Fragment wohl ebensogut, wenn nicht besser mit Mitteis S. 199 Anm. 248 in folgender Weise zu erläutern, daß auch bei zweiseitigen Rechtsgeschäften noch nach klassischem römischen Recht die Vollmacht inter vivos mit dem Tode des Machtgebers unbedingt erlosch, so daß nur vitiöser Besitz erworben wird, den der Erwerber nicht wie im entgegengesetzten Fall durch die exceptio rei traditae verteidigen kann.

Noch mehr Schwierigkeiten hat die Exegese der l. 34 D. 41, 2 bereitet.[31]) Pininski Bd. 2 S. 45 konnte bezüglich der Auslegung dieser Stelle noch eine herrschende Meinung registrieren. Heute ist dies nicht mehr angängig, da der größte Teil der Schriftsteller, die damals übereinstimmten, ihre Ansicht aufgegeben oder stark modifiziert haben. Trotzdem beginne ich mit dieser herrschenden Lehre, die hauptsächlich von Witte S. 246; Vangerow S. 631, Scheurl S. 90ff.; Hirsch S. 238ff. vertreten wird.

Die Stelle lautet:

> Ulpianus libro septimo disputationum. Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in

[31]) Möglich erscheint auch, daß der Text so verderbt ist, daß sichere Schlüsse aus ihm überhaupt nicht zu ziehen sind; vgl. Schloßmann Zeitschr. S. 196ff.

fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus, quoniam autem in corpore consenserimus (Mommsen: quamvis autem in corpore non consenserimus), an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt dubitare potest: et si animo adquiri potest, numquid etiam adquisita est? sed non puto errantem adquirere: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione.

Der Tatbestand zu Beginn der Stelle wird z. B. von Witte S. 346 dahin formuliert: „Ich will den fundus Sempronianus erwerben und glaube, als mir der fundus Cornelianus angewiesen wird, daß dies der Sempronianus sei.“ Der Grund des Nichterwerbs wird dann gewöhnlich in dem mangelnden Erwerbsanimus gesehen. Das bedenklichste an dieser Ansicht ist mir, daß sie zwischen 34 pr. D. 41, 2 und 18, 1 D. 41, 2 einen Widerspruch vorhanden sein läßt. Denn es ist schwer denkbar, daß eine derartige Verwirrung innerhalb eines Digestentitels herrschen soll, zumal die eine Entscheidung auf Celsus zurückgeht, die andere ihn an wichtiger Stelle erwähnt.[32]) Mit Recht weist ferner Sohm S. 25 darauf hin, daß dann die Fragestellung im zweiten Teile der Stelle unerklärlich ist, „ob nicht A. (der bisherige Besitzer) dennoch den Besitz verloren, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse, et Celsus et Marcellus scribunt, und ob nicht der B (der missus) dennoch den Besitz erworben, si animo acquiri possessio potest.“ Sohm gibt daher dem Tatbestand folgende andere Erläuterung: „A will dem B den fundus C tradieren und erklärt dem B, daß er ihm den Besitz ‚offen mache,‘ d. h. der Traditionsakt soll sich durch die mit dem Willen des A. erfolgende Besitzergreifung am Grundstücke seitens des B vollziehen. B versteht den Traditionswillen des A irrtümlich nicht von dem fundus C, sondern von dem fundus S.; seine Besitzergreifung erfolgt des ungeachtet am fundus C, d. h. an einem nach seiner Ansicht ihm von A nicht tradierten fundus, während in Wirklichkeit der von ihm

[32]) Daher scheide ich auch die Darstellung Kierulffs S. 392 Anm. 3 aus, dessen Vorwurf des „Riduculum“ gegenüber Celsus beinahe ebenso berühmt geworden ist, wie das „Riduculum est“ in der Stelle selbst, sowie die Frage bezüglich der bedingten Übergabe in 34 D. 41, 2.

in Besitz genommene fundus grade der ihm von A tradierte fundus ist. Objektiv verfährt B also in Einklang mit dem A; während subjektiv Dissens mit dem A, ja direkte Widerspruchsabsicht gegen den Willen des A vorliegt" (S. 23). Nun schließt Sohm weiter: „Das corpus kann von dem Eindringling nicht clam, sondern nur vi erworben werden". „Die Frage, ob auch die bloße Meinung des B sich, als Eindringling, clam, im Grundstück zu befinden, seinen Besitzerwerb ausschließe, ‚bejaht' diese Stelle, „weil die bloße Meinung . . . genügt, für ihn . . . das corpus des Besitzes auszuschließen" (S. 24).[33]) Sohm selbst vermeidet aber wohl auch nicht den Fehler, den er der herrschenden Lehre vorwirft. Denn abgesehen davon, daß „der Grundsatz, daß der Besitz an Immobilien nicht clam verloren werden kann, ein objektives, kein subjektives Hindernis enthält" (Kohler, Arch. S. 187 Anm. 87), wird er doch, wenn man ihn mit Sohm zum subjektiven Hindernis stempeln wollte, eben dadurch aus einem Bestandteil des corpus zu einem des animus. An sich nicht ausgeschlossen, wenn auch wenig wahrscheinlich, ist mir einzig von denjenigen Ansichten, die den Tatbestand im Sinne der herrschenden Lehre auffassen, die Kohlers Arch. S. 185 ff., die allerdings zwei Merkwürdigkeiten aufweist: 1. die Beibehaltung des Textes der Florentina und 2, die Annahme eines Oxymorons, das doch vielleicht zu versteckt liegen dürfte, als daß es die Stelle in Wahrheit zu erklären vermöchte. Er meint nämlich, daß das „in corpore consentire" einmal „das Zusammenstimmen bezüglich der Willensaktionen", außerdem aber „ein Zusammenstimmen bezüglich des äußeren Faktums" (S. 190) bedeute; die erstere Möglichkeit werde verneint, die zweite bejaht.

Die bedeutendste Wahrscheinlichkeit hat hier — wie auch bei 11 D. 41,1 — m. E. für sich die von Brinz[34]) inaugurierte Deutung, deren letzter Verfechter Pininski Bd. 2 S. 51 den Sinn der Stelle dahin zusammenfaßt, daß „der Besitz nicht erworben wird, weil kein consensus vorliegt und ein solcher unentbehrlich ist in allen Traditionsfällen, wo der Besitz in einer weniger körperlichen Weise ergriffen wird, als es bei Okkupationen der Fall ist".

---

[33]) Ihm schließt sich bedingungslos Randa S. 588 Anm. 9 an. Ähnlich auch Meischeider S. 318.

[34]) Sie wird vertreten von Brinz, Jahrb. S. 21 ff., derselbe, Pand. S. 510 ff.; Esmarch S. 50 ff.; Hölder S. 543 ff.; Strohal, Sukzession S. 137 ff.; Pininski Bd. 2 S. 45 ff.

Auch unter den Vertretern dieser Ansicht herrscht nicht volle Einigkeit. Diese bezieht sich aber auf verhältnismäßig untergeordnete Punkte des Tatbestandes.[35]) Der Grund der Entscheidung wird wohl von ihnen allen in folgendem gesehen: „eine ... gültige Ermächtigung des missus zur Perfizierung des Besitzüberganges durch einseitiges ire in fundum, war also auch nicht zustande gekommen. Der missus betritt den fundus Cornelianus trotzdem in der Folge" (Strohal, Sukzession S. 178). Die Rechtfertigung der Ulpianschen Entscheidung liegt hiernach nicht in dem einseitig verfehlten animus, sondern in dem zweiseitigen „Dissens hinsichtlich des Objektes" (Strohal a. a. O. S. 179), wofür wohl auch der Gebrauch des Plurals: „erraverimus", „consenserimus" und die wahrscheinliche Synonymität von errare und dissentire für den vorliegenden Fall sprechen (vgl. Brinz, Jahrb. S. 22 ff.).

§ 16.

Im römischen Recht[36]) mögen diese Tatbestände, die zu einer Beurteilung der Fragen nach dem Einfluß des Willens des bisherigen Besitzers auf den Besitzerwerb antrieben, aber verhältnismäßig selten geblieben sein, da außer bei der traditio ex turre, das Besitzerwerbscorpus wohl möglichst bald nachgeholt wurde, zumal die Besitzrechte erst von da an geltend gemacht werden konnten. Anderer Art sind die tatsächlichen gesetzlichen Grundlagen bei uns, wo im § 854 Abs. 2 BGB. ein Besitzerwerbscorpus im Sinne des römischen Rechts schlechthin für nicht mehr erforderlich erklärt wird — allerdings nur unter der Bedingung, daß die Möglichkeit der Ausübung der tatsächlichen Gewalt besteht. Es wird hier also sehr viel mehr auf den animus des Erwerbers ankommen; andererseits wird nicht nur die Annahme des Erwerbers, daß der bisherige Besitzer den Besitz aufgeben wolle, sondern das tatsächliche Vorhandensein dieses Willens gefordert werden müssen.

---

[35]) Abgesehen von Esmarch S. 57 ff., der auch in dieser Stelle seinen technischen Begriff der missio in vacuam possessionem finden will.

[36]) Aus dem Satz 1, 2 D. 41, 2, wie Manigk S. 205 dies tut, gegen die Möglichkeit einer Sukzession in den Besitz zu schließen, halte ich für unzulässig, da dieser Satz, wie aus den folgenden Stellen hervorgeht, nur den Besitzerwerb durch eigene Handlung als das reguläre im Gegensatz zum Besitzerwerb durch Stellvertreter betont.

Der Besitzerwerbsvorgang wird also zu einem Vertrag,[37]) wenn wir den Begriff so auffassen, daß ein Vertrag „Willensäußerungen sind, welche aufeinander Bezug nehmen und inhaltlich zusammenstimmen“ (Cosack Bd. 1 S. 154). Auch ist er ein Rechtsgeschäft in dem Sinne „einer Willensäußerung, aus welcher das Vorhandensein eines bestimmten Willens auf seiten der handelnden Personen zu folgern ist“ (ebenda S. 151). Eine andere Frage aber ist es, inwieweit auf diesen Vertrag die vom Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Vorschriften über Rechtsgeschäfte anwendbar sind, da in dem § 854 Abs. 2 BGB. Begriffe verwendet worden sind, die es m. E. gebieten, ihn als lex specialis zu behandeln und demzufolge die Vorschriften der §§ 104 ff. BGB. insoweit nicht anzuwenden, als sie hiermit nicht vereinbar sind.[38]) Voraussetzung für die Beweisführung in dieser Frage ist allerdings, daß man in § 854 Abs. 2 mit Planck S. 32 und Dernburg, Sachenrecht S. 60 sowie der herrschenden Lehre eine Erläuterung des § 854 Abs. 1 BGB. sieht, ihn also auch lesen könnte: die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Daß dem so ist, ergibt sich aber m. E. erstens aus dem Wortlaute von § 854 Abs. 1, sodann, wie Stemann zutreffend hervorhebt, daraus, daß es sonst an einer Vorschrift über den Verlust durch Einigung erworbenen und erhaltenen Besitzes fehlen würde (S. 39). Dann ist aber der herrschenden Lehre[39]) zu widersprechen, welche behauptet, daß die Einigung ein rechtsgeschäftlicher Vertrag im Sinne der §§ 104 ff. BGB. ist. Wie Leonhard in Ecks Vorträgen S. 18 A. 9 betont,

---

[37]) Auf anderem Wege kommt eine bedeutende Zahl Schriftsteller auch zu dem Resultat für das Besitzverhältnis im einzelnen Falle die Anwendbarkeit der Rechtsgeschäftsvorschriften zu erwägen, indem sie aus dem Kreis der Rechtshandlungen die Rechtsgeschäfte ausscheiden; vgl. Manigk S. 30; Planck Bd. 1 S. 186; Fischer-Henle Anm. vor § 104 BGB.; Windscheid S. 108 u. a. m. Als Nichtrechtsgeschäft wird die Einigung angesehen von Aravantinos S. 154; zweifelnd Planck Bd. 3 S. 29.

[38]) Für schlechthin unanwendbar erklärt Eccius S. 51 ff. die Vorschriften des allgem. Teils auf die Einigung, weil nur für obligatorische Verträge geschaffen.

[39]) Sie wird vertreten von Dernburg, Sachenrecht S. 60 A. 2; Biermann S. 5; Staudinger S. 8 f.; Strohal, Sachbesitz S. 82 u. a. m.

ist der Besitz durchaus ein factum.[40]) Es ist daher die Einigung über den Besitzübergang zu scheiden von der Einigung über die Übertragung eines Sachenrechts. Letztere allerdings wird als Rechtsgeschäft, wenn man im übrigen der herrschenden Lehre folgt, im Sinne des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu bezeichnen sein. Anders die Besitzübergangseinigung: Bezüglich ihrer ist mit Leonhard a. a. O. zu betonen, daß die Vorschriften über „die Gültigkeitsbedingungen" nicht unbedingt anwendbar sind, da „Vereinbarungen auch ohne Rechtsgültigkeit zuverlässig sein können".

Eine andere Frage aber ist es, ob den Vorschriften des allgemeinen Teils nicht trotzdem eine bedeutende Rolle zukommen wird, da sie gewissermaßen ein Niederschlag der typischen Fälle des Lebens sind, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß es ein Widerspruch gegen den Begriff der tatsächlichen Gewalt wäre, durch Vorschriften über Gewaltsfähigkeit, die notwendigerweise bisweilen zu Fiktionen führen müssen, eingeengt zu werden. Es sind daher z. B. die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit auch nicht bei den Fällen, wo nur die Möglichkeit der Gewaltübung gefordert wird, unverändert anzuwenden. Sie werden auch hier, eben als Typen des normalen Zustandes, ihre wahrscheinlich sehr große Bedeutung haben, aber nur als Beweismittel, nicht als Beweise der Gewaltsfähigkeit, wie im römischen Rechte, in Anschlag gebracht werden können. So wird z. B. in dem oben S. 16 erwähnten Falle der Besitz auf den 20jährigen jungen Menschen übergehen, wenn selbst der Pachtvertrag fern von dem zu bewirtschaftenden Gute abgeschlossen wird. Auch wird unter ähnlichen Umständen andererseits der Fall der 11 D. 41, 1 umgekehrt wie im römischen Recht dahin zu entscheiden sein, daß der Erwerber Besitz erworben habe. In Gegensatz hierzu behauptet die herrschende Lehre, besonders Strohal, Sachbesitz S. 82; Planck S. 33; Biermann S. 5; aber auch Fischer-Henle A. 8 zu § 854 und sogar Bruck S. 14, der die Einigung nicht einmal für einen Vertrag hält, daß auf die Besitzübertragung im Sinne des § 854 Abs. 2 ohne Einschränkung die Grundsätze über die Geschäftsfähigkeit

---

[40]) Abweichend allerdings Staudinger, der den Besitz schlechthin als Recht bezeichnet: S. 6 A. VII. Wie kommt er dann dazu, einen selbständigen Besitzerwerb nicht Geschäftsfähiger überhaupt für möglich zu halten?

anzuwenden seien. Der Irrtum dieser Ansicht rührt wohl daher, daß die erwähnten Schriftsteller vorzugsweise an die Einigung bei der Eigentumsübertragung denken. Hierbei wird allerdings die Einigung über die sachenrechtliche Natur habende Eigentumsübertragung so unlöslich mit der nur auf die tatsächlichen Gewaltverhältnisse bezüglichen Besitzübertragung verknüpft sein, daß man schwerlich eine sich nur auf die besitzrechtliche Seite des Vorgangs beziehende Anfechtung wird ausscheiden können.[41]) Anders aber in dem von mir konstruierten Falle, wo es sich lediglich um das von der Besitzübertragung sehr wohl zu sondernde obligatorische Kausalverhältnis des Pachtvertrages handelt. Hier ist m. E. die Unwirksamkeit des Pachtvertrages geltend zu machen und erst hierauf ist es möglich, die Rückgabe der Sache wegen ungerechtfertigter Bereicherung — mit einer condictio possessionis — zu fordern. Ähnlich gestaltet sich die Sachlage bei den Geisteskranken und den auf Grund des § 114 BGB. Entmündigten.

Anwendbar aber erscheinen die Vorschriften über die materiellen Erfordernisse der Willenserklärungen (§§ 116—124) und der Bestimmungen über die Folgen des Nichtvorhandenseins derselben in den §§ 139—144 BGB. Wichtig werden vor allem sein §§ 116, Satz 2 und 117. Auch § 118 kann in Betracht kommen. Bedeutsam ist ferner die Möglichkeit der Anwendung der folgenden Paragraphen des Bürgerlichen Gesesetzbuches. Auch sie wird zu bejahen sein, da die Einigung ein Vertrag — wenn auch nur im nichttechnischen Sinne — ist und daher der consensus der Parteien begrifflich ein notwendiges Erfordernis desselben ist, der Besitzerwerb also infolge des geringen sozialen Elements bedingt ist durch den Besitzaufgabewillen des bisherigen Besitzers, das erhöhte individuelle Moment (vgl. Kohler, Enzyklopädie S. 600 f.; Aravantinos S. 157). Zu beachten aber ist, daß die Anfechtbarkeit nicht mehr besteht, sowie — römisch gesprochen — der missus auch den Erfordernissen des § 854 Abs. 1 genügt hat. Als eine solche Schaffung des vollen sozialen Elements aber wird es anzusehen sein, wenn der missus über seinen, wenn auch anfechtbaren Besitz, der bisher nur im Sinne von § 854 Abs. 2 bestand, durch Einigung weiter verfügt. Hierdurch erlischt wohl

[41]) Zu billigen wird daher die E.K. 24, 325 sein, die von einer Veräußerung durch eine in ihrer Verfügung beschränkte Ehefrau handelt.

das Anfechtungsrecht. Ebenso Aravantinos S. 158 mit anderer Begründung.

Nicht anwendbar sind jedoch die Vorschriften über die Formbestandteile der Willenserklärungen. Daß auch hier z. B. bei Nichtigkeit der sachenrechtlichen Einigung Nichtigkeit der Besitzübertragungseinigung denkbar ist, ist richtig (vgl. oben S. 30). Prinzipiell aber „bedarf eine Einigung im Sinne des § 854 Abs. 2 einer Form nicht" (Strohal, Sachbesitz S. 83). Ebenso die gemeine Meinung, z. B. Planck S. 33.

Prinzipiell unanwendbar erscheinen auch die Vorschriften der §§ 134—140 BGB., weil das Gesetz bezüglich des Erwerbes des Besitzes keinen Unterschied macht zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Besitz. Gleichfalls nicht anwendbar werden sein die Vorschriften über Vertragsanträge und Vorverträge. So bezüglich der Vorverträge RG. 48, 133 und Fischer-Henle a. a. O. Abweichend Staudinger S. 9, im übrigen Planck S. 33 und Fischer-Henle a. a. O. Überhaupt wird davon auszugehen sein, daß hier die Bindung der Parteien so sehr unter dem Einflusse der Rechtsordnung erfolgt, daß die Möglichkeit der tatsächlichen Gewaltübung noch nicht begründet erscheint. Aus demselben Grunde sind auch die Vorschriften über Schuldverträge — zu Zweifeln geben besonders die Verträge zugunsten Dritter Anlaß — nicht anwendbar. Ebenso Fischer-Henle a. a. O. bezüglich der Verträge zugunsten Dritter, Planck a. a. O.; abweichend Strohal, Sachbesitz S. 86; Fr. Leonhard S. 85. Aus denselben Gründen werden von den Bestimmungen über Bedingungen und Befristungen kaum mehr als die gesetzlichen Definitionen des § 158 BGB. in Betracht kommen, da die übrigen Paragraphen lediglich obligatorische Ansprüche regeln.

Zweifelhaft kann schließlich sein, ob die Grundsätze über Vertretung: §§ 164 ff. BGB., direkt anwendbar sind. In dem Falle der 33 D. 41, 2 wird z. B. ebenso wie nach der u. a. von Pininski vertretenen Anschauung Besitz von dem Vertreter, wenn wir den Tatbestand nach der Richtung des § 854 Abs. 2 BGB. verändern, nicht übertragen werden können, denn der Vertreter selbst ist nicht mehr in der Lage, Besitz auszuüben. Es werden also die Vorschriften der §§ 168 ff. BGB. zugunsten desjenigen, dem gegenüber der Bevollmächtigte tätig wird, fallen gelassen werden müssen (abweichend Planck a. a. O.; Fischer-Henle a. a. O.).

§ 17.

Als eines der obersten Prinzipien des Sachbesitzerwerbs nach römischem Recht galt der Satz: apiscimur possessionem per nosmet ipsos (1, 2 D. 41, 2). Es war hiermit grundsätzlich im römischen Recht der direkte Besitzerwerb durch Mittelsmänner abgelehnt.[43]) Es erwarb daher in der Regel der Mittelsmann zunächst den Besitz nur für sich, erst durch Übertragung an den wirklich erwerben Wollenden ging der Besitz auf diesen über, wie es in 59 D. 41, 1 heißt: res ex mandatu meo non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit. Vgl. auch die übrigen bei Mitteis S. 55f. sub a – l angeführten Quellenstellen, sowie 23 D. 3, 5.

§ 18.

Einen erheblich abweichenden Standpunkt nimmt das BGB. §§ 868ff. ein. § 868 lautet: Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitzer).

Besonders im Hinblick auf die verschiedenen juristischen Konstruktionen, denen das Wesen des mittelbaren Besitzes unterworfen worden ist, ist auch die Frage nach dem Erwerb desselben sehr verschieden beantwortet worden. Wendt hat entsprechend seiner Auffassung, daß der mittelbare Besitz in dem „Restitutionsanspruch des mittelbaren Besitzers“ (S. 45) aufgehe, auch den Erwerb des mittelbaren Besitzes in dem Erwerbe dieses Anspruches finden wollen. Diese Erklärung muß aber für unzulässig erachtet werden, da, wie Strohal, Sachbesitz 19 mit Recht hervorhebt, „z. B. der Eigentümer gegen den Besitzer den Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache hat“, „allein aus dem Vorhandensein dieses Anspruchs“, „sich ein mittelbarer Besitz des Eigentümers noch keineswegs ergibt“. Aber auch nur in dem Vorhandensein eines Herausgabeanspruchs den Kristallisationspunkt des mittelbaren Besitzes zu sehen, halte ich für verfehlt, da hiermit der mittelbare Besitz, wie es Wendt S. 70 tatsächlich will, aus einem

[43]) Über die abweichende herrschende Lehre vgl. unten sub § 19.

Institut des Sachenrechts zu einem obligatorischen Verhältnis herabgedrückt würde. Es wäre sonst oder wenigstens außer auf Grund einer schon an und für sich unzulässigen Fiktion undenkbar, daß der Besitz des mittelbaren Besitzers mit Wegfall des unmittelbaren Besitzers — ich sehe hier von Fällen mehrfachen mittelbaren Besitzes ab — ohne weiteres zu unmittelbarem Besitze würde; vgl. Gierke S. 8 Anm. 18; Weidemann S. 20 Anm. 20 sagt daher wohl mit Recht, daß der mittelbare Besitz nicht „Herausgabeanspruch + unmittelbarer Besitz des Mittlers", sondern umgekehrt „unmittelbarer Besitz — Besitz des Mittlers" ist. Es ist aber auch nicht einmal zuzugeben, daß ein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers tatsächlich vorhanden sein muß, da auch ein Putativtitel zum Erwerb des mittelbaren Besitzes genügt, (vgl. Gierke, Gutachten S. 33) und, wie Fr. Leonhard S. 61 zutreffend anläßlich eines für unsere spezielle Frage nicht in Betracht kommenden Falles hervorhebt, in den Fällen, wo der Mittler auf Grund eigenen Rechtes den Besitz erwirbt, ein solcher Herausgabeanspruch gar nicht vorzuliegen braucht. Vgl. auch das bei Przibilla S. 20 angeführte Beispiel. Als positives Merkmal für den Erwerb des mittelbaren Besitzes ergibt sich, daß der mittelbare Besitzer zu dem unmittelbaren Besitzer in ein Verhältnis der im § 868 BGB. charakterisierten Art tritt. Welcher Art dieses Verhältnis ist, ist nicht gesagt. Es sind einige Beispiele angeführt und diesen „ähnliche" Fälle gleichgestellt. Das tertium comparationis finde ich darin, daß der unmittelbare Besitzer hier Besitz hat „auf Grund eines von ihm anerkannten, konkret bestimmten, durch Vertrag oder Gesetz begründeten Rechtsverhältnisses, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist" (Przibilla S. 24).[44]) Nach dem hier Ausgeführten liegt der Unterschied zwischen dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem römischen Recht darin, daß nach jenem, wenn der Besitzerwerb durch einen Besitzmittler erfolgt, dem mittelbaren Besitzer direkt Besitz erworben wird. Aber die Fälle, in denen der bis-

[44]) vgl. auch dessen Erläuterungen zu dieser Definition S. 24ff. Für verfehlt halte ich die Kritik, die von Weidemann S. 18 Anm. 15; Przibilla S. 19 an dem von Fr. Leonhard geforderten Erwerb aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers S. 61 geübt wird, da sie von einem zu engen Begriff des Vermögens ausgehen. Richtig ist nur, daß der Begriff des Vermögens nicht schneidig genug ist, um als Kriterium dienen zu können.

herige unmittelbare Besitzer den unmittelbaren Besitz einem anderen einräumt, denn in diesem Falle bleibt er Besitzer, wenn er auch einen Teil seiner aus dem Besitz folgenden Rechte aufgibt.[45])

§ 19.

Das Prinzip der Begründung eines lediglich obligatorischen Anspruches für den Fall der Vertretung konnte aber nicht von einem Rechte strikt inne gehalten werden, das einem so bedeutenden Verkehr gerecht zu werden hatte, wie das römische. Gewisse Ausnahmen bestanden, und die gemeinrechtliche Doktrin hat es nicht an Versuchen fehlen lassen, sie auf einheitliche Gesichtspunkte zurückzuführen. Die auch heute noch herrschende Meinung, die auf den grundlegenden Untersuchungen Bremers fußt, geht dahin, daß beim Besitzerwerb durch Mittelspersonen der Vertretene direkt Besitz erwerbe, wenn, wie Bremer Bd. 20 S. 50 zusammenfassend sagt, „der übereinstimmende Wille des Auftraggebers und des Beauftragten, der Wille des ersteren, durch letzteren sofort zur Macht zu gelangen, der Wille des letzteren, die Sache nicht für sich zu haben, sondern nur für jenen in Empfang zu nehmen" vorhanden sei.[46]) Gegen diese Lehre sind verschiedene schwerwiegende Bedenken erhoben worden. So hebt Lenel S. 49, der sich hierbei auf die Ergebnisse einer tatsächlichen Enquête bei Kommissionären der Hamburger Börse berufen kann, im Anschluß an eine Behauptung Schloßmanns S. 41 f. hervor, daß die Willensrichtung des Vertreters im normalen Falle weder darauf gehe, für sich, noch für den Vertretenen Besitz zu erwerben, daß er sich vielmehr um diese lediglich juristische Frage gar nicht kümmere. Zweitens aber ist auffallend, daß der Vertreter nicht, wie es der normalen Redeweise entsprechen würde, Mandatarius, sondern in zehn von den zwölf Stellen, die nach Mitteis' Ansicht von einem direkten Besitzerwerb durch Stellvertretung sprechen, Prokurator genannt wird, woran — auch hier nach Schloßmanns Vorgang

---

[45]) Streit herrscht allerdings auch unter den Schriftstellern, die nicht wie Wendt in dem mittelbaren Besitz ein lediglich obligatorisches Verhältnis sehen, inwieweit die Besitzrechte des bisherigen unmittelbaren Besitzers verloren gehen; vgl. über diese Frage die Literatur bei Weidemann S. 26ff. und Franke S. 36ff.

[46]) Über die Vertreter der herrschenden Lehre vgl. Windscheid S. 771ff.

S. 13 ff. — von Baron Vierteljahrsschrift 519 und Lenel S. 18 erinnert wird. Auch ist mit Lenel a. a. O. zu bemerken, daß dann in 13 und 42,1 D. 41,2 eine Tautologie vorliegen würde, weil hier von einem Mandat an einen Prokurator gesprochen wird. Ferner spricht auch entschieden gegen die Identifizierung des Prokurators mit einem gewöhnlichen Beauftragten Paulus, sententiae V, 2, 2, wo mit großer Bestimmtheit dem Besitzerwerb per procuratorem die absolute Unmöglichkeit (nihil adquiri) eines Erwerbs per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, entgegengestellt wird. Diesem Satz kann allerdings die herrschende Lehre zwei Sätze entgegenstellen, die einen direkten Besitzerwerb auch durch freie Personen zulassen, und zwar 53 D. 41, 1 und 1. C. 7, 32. Aus beiden Fragmenten aber läßt sich schwerlich die allgemeine Regel eines unbeschränkt zugelassenen Besitzerwerbs durch freie Personen folgern. Denn in 53 D. 41,1 wird der Besitz dem Eigentum gegenübergestellt und hieraus ergibt sich schon, daß die Pointe darauf liegt, daß die Möglichkeit bestände, durch freie Personen Besitz zu erwerben, nicht aber, daß durch freie Personen stets Besitz erworben werden könne.[47]) In noch höherem Maße gilt dasselbe von 1 C 7,32. Da hier eine praktische Entscheidung referiert wird, ließe sich aus der Einleitung des Satzes durch quoniam eher gegen die herrschende Meinung schließen, daß ein Hinweis auf die Möglichkeit eines Besitzerwerbs durch freie Personen immer noch notwendig, also diese Institution nicht fest eingebürgert sei.

Die wissenschaftliche Position der herrschenden Lehre ist also die, daß die von ihr vorgetragene Lehre im Notfalle akzeptiert werden müßte, wenn keine andere Erklärung der in Frage kommenden Rechtsquellen möglich wäre.

§ 20.

Von einem Fall, dem constitutum possessorium, läßt sich indes sicherlich behaupten, daß es ein Besitzerwerb durch Stellvertreter war. Dieser Vorgang, der zuerst von Tiraquellus (de iure constituti possessorii tractatus, Paris 1549; nach Harburger

[47]) Auch kann es sehr zweifelhaft sein, ob hier nicht lediglich von einem Besitzerwerbsgehilfen die Rede ist, da von seinem Willen gar nicht gesprochen wird. Vgl. Kniep, Besitz S. 219.

S. 2 und 5 Anm. 10) mit dem seitdem gebräuchlichen Namen bezeichnet wird,[48]) ist „diejenige Art der Tradition, bei welcher der Akzipient durch den Tradenten repräsentiert wird, bei welcher also Vertreter des Akzipienten und Tradent eine Person sind“ (Biermann, Constitutum S. 13). Von der vor Savignyschen Theorie wurde das constitutum possessorium fast allgemein als ein Fall der traditio ficta, eine uneigentliche Tradition aufgefaßt.[49]) Daß diese Annahme irrig bezw. unbeweisbar ist, ist oben S. 2 f. gezeigt. Denn das römische Recht hat in den Entwicklungsstufen, in denen wir es kennen lernen, wohl kaum je an der sogen. traditio vera (vgl. Biermann, Constitutum S. 113) festgehalten, grundsätzlich aber an der corporalis traditio. Hier liegt nun aber keine solche vor. Um uns die Möglichkeit eines derartigen Übertragungsaktes, der ohne das corpus vor sich geht, erklären zu können, ist darauf zurückzugehen, daß es zwar nicht zum corpus traditionis, wohl aber zum corpus possessionis genügte, daß der Besitz durch Vertreter ausgeübt wurde. Nun wäre bei Bestellung eines constitutum possessorium die corporalis traditio, wie Thöl (zit. nach Goldschmidt S. 21) zutreffend bemerkt, zu einer „Komödie der Hin- und Hergabe“ gekommen. Auch hätte das corpus in diesem Falle tatsächlich nur die Bedeutung einer „leeren“ Form, wie Jhering sagt, gehabt, da der Garantiefunktion unter den Parteien wohl kaum besser genügt werden kann, als wenn der Tradent die Sache weiter in seiner Detention zu behalten vermag. Es ist also wohl erklärlich, wenn das constitutum possessorium im römischen Rechte Eingang fand. Zweifelhaft aber blieben auch in der Theorie nach Savigny zwei Punkte. Von Savigny S. 320 wurde nämlich der das constitutum possessorium begründende Vertrag für einen abstrakten erklärt, bei dem die Erklärung genüge, daß der bisherige Besitzer „nur noch fremden Besitz verwalten wolle“. Dem wurde zuerst von Exner S. 143 widersprochen, der forderte, daß „wer Eigentumserwerb durch constitutum possessorium behaupte, eine causa der Detention des Gebers“ beweisen müsse. Diese Frage ist sicherlich im gemeinen Recht von

[48]) Daß der Ausdruck „constituere“ in dieser Verbindung auf Azo zurückgeht; vgl. Biermann, traditio S. 51.

[49]) Ähnlich will auch Scheurl S. 108ff. das constitutum possessorium für einen Besitzerwerb animo solo erklären. Hiergegen scheint mir doch zu sehr das stets streng betonte Prinzip des „animo et corpore adipisci“ zu sprechen.

großer Bedeutung gewesen,[50]) da bei völliger Abstraktheit leicht das constitutum possessorium hätte zu schwindelhaften Operationen verwendet werden können. Vgl. statt aller Leonhard, Beiträge. Es ist daher, wie Biermann, Traditio S. 253 hervorgehoben hat, vor Savigny stets verlangt worden, daß ihm „ein rechtsgültiger Titel zugrunde liege", wie dies schon „aus seiner Natur als accessorium" folge. Ob man im römischen Recht zu der Abstraktheit des constitutum possessorium gekommen ist, wird sich kaum ermitteln lassen. Ob z. B., wie Leonhard S. 538 Anm. behauptet, auch ein constitutum possessorium auf Grund einer Stipulation möglich war, läßt sich kaum prüfen. Jedenfalls wird in den im Corpus iuris civilis vorkommenden Anwendungsfällen des constitutum possessorium stets eine causa detentionis, Miete, Nießbrauch, Precarium, Societas omnium bonorum erwähnt (vgl. Biermann, Traditio S. 15 ff.). Es läßt sich also wohl die Notwendigkeit der „Übernahme einer Detentionspflicht" mit Leonhard S. 338 annehmen (vgl. auch Biermann, Constitutum S. 54 ff.).

Eine zweite Frage, die gleichfalls in der gemeinrechtlichen Literatur des 19. Jahrhunderts viel erörtert wird, ist die, ob dem Bedürfnisse des corpus genügt ist, wenn der bisherige Besitzer selbst nicht Detentor ist. Für die Verneinung dieser Frage tritt besonders Ruhstrat ein. Gegen ihn führt Harburger besonders die Analogie der brevi manu traditio, sowie 77 D. 6, 1 an. Ähnlich Biermann, Constitutum S. 23. Daß erstere Analogie nicht als ausschlaggebend angesehen zu werden braucht, darauf hat Leonhard S. 317 hingewiesen; er führt nämlich aus, daß „bei der brevi manu traditio das körperliche Herrschaftsverhältnis des Eigentümers zu der Sache auf alle Fälle ein Näheres wird, als es vorher war, da eine Mittelsperson zwischen Eigentümer und Sache fortfällt, während umgekehrt bei dem constitutum possessorium die Sache um ein Zwischenglied eines Inhabers von dem Eigentümer fortgerückt wird". Auch 77 cit. halte ich nicht für ausschlaggebend, weil hier von einer Anwesenheit des Beschenkten auf dem geschenkten Grundstück zur Zeit des Eintreffens des Schenkungsbriefes (wenn man mit der Vulgata: ei mitteretur, liest) die Rede ist, so daß möglicherweise nur ein Fall der Zerreißung des — hier

[50]) Über die sehr zwiespältige und interessante Judikatur der letzten Jahrzehnte des 19. Jahrh. vgl. besonders Biermann, Traditio S. 371 ff.

anders als sonst bei dem constitutum possessorium vorhandenen — Traditionscorpus vorliegt. Trotzdem ist wohl von Leonhard S. 318[51]) mit Recht hervorgehoben worden, daß die Ruhstratschen Ausführungen zu sehr „von der modernen Rechtsanschauung“ beeinflußt werden, der es „unbillig erscheint, daß sich hinter dem Rücken des Pächters ein ihn benachteiligender Eigentumswechsel abspielen könne“. (Man beachte nur den deutschrechtlichen Grundsatz: Kauf bricht nicht Miete, im strikten Gegensatze zum römischen Recht.) Ganz zutreffend weist daher Harburger S. 33 darauf hin, daß auch sonst ein Detentionsverhältnis „nicht eine faktische Tradition“ hindert, „der Besitz trotzdem als vacua possessio gilt und der Pächter . . . , wenn er . . . . nur seine Macht fortsetzen wollte und die faktische Apprehension des Käufers hinderte, sich dem interdictum uti possidetis aussetzen“ würde, „weil es gegenüber den Besitzerinterdikten kein Retentionsrecht auf Grund des Pachtvertrages gibt“ (vgl. auch die von Pininski Bd. 2 S. 246 Anm. zit. 8, 2 D. 43, 26; 22, 2 D. 13, 7; 25, 1 D. 19, 2; 9 C. 4,65).[52])

§ 21.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist das constitutum possessorium bezüglich Grundstücken unmöglich, da in dem einzigen vergleichbaren Falle der Umwandlung des Besitzes in Besitzdienerschaft der Tradent, wenn z. B. der bisherige Pächter für ein Vorwerk Inspektor des auf das Gut hinausziehenden Käufers im Sinne des römischen Rechts möglicherweise Detentor, nicht aber im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches Besitzer wird.[53]) In allen übrigen Fällen aber decken sich die Begriffe Detention und unmittelbarer Besitz.

Der unmittelbare Besitzer bleibt demnach Besitzer. Nur macht er auch einen anderen zum Besitzer, und zwar zum unmittelbaren. Es sind daher trotz der anderen Konstruktion ganz ähn-

---

[51]) vgl. derselbe, Beiträge S. 307 Anm. 41.

[52]) Auch in l. 12 und 18 pr. D. 43, 16 wird übrigens erwähnt, daß sich der Colonus dem bisherigen Besitzer dem interdictum unde vi aussetze; daß diese Fälle andererseits auch nicht zu denen des constitutum possessorium zu ziehen sind; vgl. Kindel S. 333.

[53]) Daß hierin aber eine Besitzübertragung im Sinne des § 854 Abs. 2 BGB. liegt, vgl. Przibilla S. 39 Anm. 1.

liche Fragen an sich möglich wie im gemeinen Recht. Daß nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Begründung des constitutum possessorium ein abstrakter Vertrag nicht genügt, ist aber im Gegensatz zum gemeinen Recht unbestritten (vgl. RG. 49, 175). Auch die zweite Frage nach der Abtretbarkeit des durch einen Detentor innegehabten Besitzes ist durch § 870 BGB. im bejahenden Sinne entschieden worden (vgl. Planck S. 69).[54])

Die Ansprüche des unmittelbaren Besitzers aus obligatorischen oder dinglichen Rechten gegen den bisherigen Besitzer wie gegen den Erwerber werden hierdurch natürlich nicht direkt berührt (vgl. z. B. RG. 52, 274 ff.).

§ 22.

Sonst aber[55]) lassen sich mit Lenel und Regelsberger folgende Gruppen von Quellenstellen unterscheiden: Zunächst bleibt, wie auch Mitteis S. 140 f. Anm. 145 zugeben muß, bei der Erklärung, wie sie die herrschende Lehre gibt, unerklärlich 13 D. 39,5. Dieses Fragment enthält einen Tatbestand, nach dem ein zwei Personen, M und T, gehöriger Sklave eine Sache, die ein anderer dem M schenken will, erhält. Der Sklave will beiden gemeinschaftlich den Besitz an der Sache erwerben. Trotzdem entscheidet Ulpian, daß nur M den Besitz erworben habe. Erklärlich ist dieses Fragment, wenn man, wie Lenel S. 65 annimmt, daß hier trotz des entgegenstehenden Willens mit Rücksicht auf das zwischen den Vertragsparteien feststehende Rechtsgeschäft die bösliche Absicht des Vertreters nicht in Betracht komme.[56]) Ebenso geht aus 20, 2 D. 41, 1 hervor, daß durch einen Vertreter Besitz stets erworben wird, wenn der Kausalvertrag bereits geschlossen ist. Auch scheint es mir bezeichnend, daß der Vertreter hier nicht procurator, sondern quasi procurator genannt wird. Hieraus ließe sich vielleicht schließen, daß auch dem Verfasser des Fragments, Ulpian, klar war, daß er es hier nur mit einer faktischen Mittels-

---

[54]) Daß auch bei der Übertragung des mittelbaren Besitzes keine Verträge zugunsten Dritter möglich sind, vgl. Przibilla S. 49 ff.

[55]) Über die m. E. geringfügigen Bedenken Kipps (Windscheid S. 776 f.) vgl. Regelsberger S. 449 f.

[56]) Daß sich hierdurch auch der Widerspruch mit 37, 6 D. 41, 1 lösen ließe, vgl. Lenel S. 65 Anm. 3.

person zu tun habe. Überhaupt sind wohl diese beiden Stellen genügend erklärt durch die Ansicht des Paulas sententiae V, 2, 1, wonach Besitz erworben werde, corpore alieno. Denn bei diesen Geschäften spielt der Vertreter nur die Rolle eines Ausführungsorgans bei einem, abgesehen von der Übergabe, fertig vorliegenden Geschäfte.

§ 23.

Unter ähnlichen Voraussetzungen wird auch nach § 855 BGB. hier ein direkter Besitzerwerb anzuerkennen sein, da in der Dauer des Verhältnisses nicht das Kriterium der Besitzdienerschaft zu suchen ist (vgl. Weidemann S. 14 ff.).

§ 24.

In noch weiterem und dem Verkehrsbedürfnisse vermutlich vollkommen entsprechendem Maße war aber im römischen Recht der Besitzerwerb durch Dritte dadurch ermöglicht, daß ein mittelbarer direkter Besitzerwerb durch bestimmte Klassen von Personen stattfand, die gewissermaßen eine Erweiterung des wirtschaftlichen Ich des Betreffenden bedeuteten (vgl. Karlowa Bd. 2 S. 90).[57] Ursprünglich wird wohl durch eine Erwerbshandlung eines Sklaven nicht unmittelbar eine rechtliche Wirkung erzeugt worden sein, vielmehr nur eine räumliche Beziehung zwischen diesem und der Sache, die erst durch den hinzukommenden, möglicherweise aber auch schon vorher vorhandenen und geäußerten Willen des Herrn zu rechtlich qualifiziertem Besitz des letzteren führte. Indes schon in der klassischen Zeit änderte sich dies. Die Neuregelung in dieser Frage scheint auf die Sabianische Schule zurückzuführen zu sein, wie aus der Berufung auf die drei wohl bedeutendsten Häupter derselben, Sabinus, Cassius und Julianus, in 5 D. 41, 2 hervorgeht. Und zwar wurde der Satz eingeführt, daß im Rahmen des Pekuliums auch bei Unkenntnis des Herrn Besitz für ihn direkt durch Sklaven oder Hauskinder erworben werden sollte. Begründet wird diese Ausnahme mit dem Bedürfnis der Praxis,

[57] vgl. besonders Caius 2, 89: . . per eos, quos in potestate habemus, adquiritur nobis . . . possessio; cuius enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur.

den Herrn nicht mit jeder Einzelheit des Pekuliarerwerbs zu belästigen (1, 5 und 44, 2 D. 41, 2). Daß bei dem großen Umfang der spätrömischen Pekulien auch Grundstückserwerb — z. B. der Ankauf oder Tausch von benachbarten Parzellen — auf diese Weise ignoranti domino erworben werden konnte, erscheint wohl zweifellos.

Aus ähnlichen Gründen wurde ferner auch der direkte Besitzerwerb durch Prokuratoren zugelassen.[58]) Besonders bemerkenswert sind hier die Ausführungen Schloßmanns: da die Prokuratoren gewöhnlich Freigelassene oder Leute geringeren Standes gewesen und „weder zu ihrem Herrn noch zu dessen Vermögen in irgend eine rechtliche Beziehung", sondern nur in ein „Verhältnis rein tatsächlicher Art, getreten seien (S. 104), seien sie ‚Faktoten' (S. 105) des Herrn geworden." Diese ihre Stellung sei „meistens stadtkundig oder doch an äußeren Umständen leicht erkennbar gewesen" (S. 106). An sich sei der Prokurator „also weder Mandatar, noch negotiorum gestor noch ‚Bevollmächtigter' (S. 107) gewesen. Aber schließlich hätten sich bezüglich seiner die Regeln durchgesetzt, daß er, „gleichviel ob mit libera administratio versehen, dem Herrn stets ohne dessen Wissen Besitz" erwerbe (S. 143). „Andere freie Personen, wie z. B. ein Mandatar und ein negotiorum gestor, könnten für einen Dritten überhaupt nicht direkt erwerben" (S. 148). Hiergegen ist wohl mit Recht verschiedenes eingewandt worden. Zunächst ist es, wie Pininski Bd. 2 S. 220 Anm. 1 aus den dort zitierten Quellenstellen beweist, unzutreffend, „daß der Prokurator ohne rechtliche Stellung war". Zweitens widersprechen dieser Theorie auch für das Justinianeische Recht einige Fragmente — 42, D. 41, 2; 23 D. 3, 5; 53 D. 41, 1; 13 D. 41, 2; 47 D. 41, 3 — die einen Auftrag bezw. Ratihabition für den unmittelbaren Besitzerwerb durch Prokuratoren voraussetzen (vgl. Krüger S. 157). Trotzdem wird wohl mit Lenel und Regelsberger der in der Schloßmannschen Schrift gewiesene Weg, wenn auch unter Vermeidung der allzu schroff ausgesprochenen Ansichten, weiter zu verfolgen sein. Zunächst ist im Gegensatz zu Schloßmann wahrscheinlich, daß die Prokuratoren ursprünglich nach Mandats-

[58]) Daß bezüglich des Besitzerwerbs durch Prokuratoren im römischen Recht eine Besonderheit vorlag, ist, wie selbst Kipp (Windscheid S. 777 Anm. 7 a) zugeben muß, nicht zu bezweifeln.

recht behandelt wurden, daher bei jedem einzelnen Erwerbsfall die Genehmigung des Geschäftsherrn erforderlich war (vgl. Pernice S. 498). Gefördert wurde die dem Besitzerwerb durch Gewaltunterworfene analoge Entwicklung sicherlich auch dadurch, daß die Prokuratoren gewöhnlich, wie Schloßmann S. 108 zutreffend hervorhebt, Freigelassene oder sonst Leute geringeren Standes waren. Jedenfalls hat der Satz, daß für die Herren durch die Prokuratoren direkt Besitz erworben werde, schon unter Traian, wie aus 41 D. 41, 3 des Neratius hervorgeht, die herrschende Lehre für sich, und ist unter Septimius Severus, aus dessen Zeit 1 C. 7, 32 stammt, eine längst anerkannte Ansicht: iam pridem receptum est. Im Justinianeischen Recht ist dann der direkte Besitzerwerb durch Prokuratoren zugelassen. In vielen Stellen findet sich nun die der Behandlung der Sklaven eigentümliche Regel: „possessio per procuratorem ignoranti quaeritur 40, 2 D. 41, 2; vgl. ferner 13 D. 41, 1; 34, 1 D. 41, 2; 43 D. 41, 1. Was beim Sklaven und beim Haussohn das Pekulium war, das war beim Prokurator das Geschäftsgebiet, in dem er entsprechend dem generellen Auftrage seines Herrn zu handeln bevollmächtigt war. Innerhalb dieses Rahmens erwirbt durch den Prokurator der Herr direkt Besitz, auch wenn er ignorans ist. Mit dieser Annahme verstehen sich aber auch zwanglos die Fragmente, die von einem Mandat des Prokurators reden. Hier wird dann ein besonderer Auftrag an denselben vorhanden gewesen sein, der sonst wahrscheinlich außerhalb des Rahmens seiner Vollmacht gefallen wäre. Hier wird der Besitz direkt für den Herrn erworben, weil, wie Lenel S. 88 sagt, „aus den Umständen in einer für den Prokurator dem Herrn gegenüber bindenden Weise erkennbar geworden ist, daß er die Sache im Interesse des letzteren erwarb“ (meo nomine) (vgl. S. 13 D. 41, 1 und die anderen S. 50 zitierten Fragmente).

§ 25.

Bedurfte aber schon der Vollgeschäftsfähige einer Vertretung, um wieviel mehr erst der Nichtgeschäftsfähige. Wie Lenel S. 89 mit Recht hervorhebt, macht sich hier noch weit mehr das Bedürfnis nach Vertretung im Besitzerwerb geltend. Denn „der Mündel hat seinerseits keine von dem Willen des Vormunds unabhängige Detentionssphäre; der Vormund kann alles, was er für den Mündel

anschafft, in seine eigene Detention nehmen, und der Mündel hat, solange die Vormundschaft dauert, kein Mittel, ihn zur Tradition an ihn selbst zu zwingen. Wenn nun alles, was der Vormund im eigenen Namen für den Mündel anschafft in das Eigentum des Vormundes fiele, so wäre der Mündel den größten Gefahren ausgesetzt. Es könnte geschehen, daß sich allmählich das ganze Vermögen des Mündels durch Veräußerung und Neuanschaffung in Eigentum des Vormunds verwandelte" (Lenel S. 89). Daher wird — daß die Entwicklung ähnlich der bei der Prokuratur war vgl. Pernice S. 497 — in 13, 1 D. 41, 1 der Tutor dem Prokurator gleichgestellt und der Besitz bei Handlungen nomine pupilli dem pupillus direkt erworben; vgl. ferner 18 pr. und 1, 20 D. 41, 2; 11, 6 D. 13, 7.

§ 26.

Aber wenn auch das Bürgerliche Gesetzbuch durch die Einführung des Begriffs des mittelbaren Besitzes zum Teil der Vorschriften, die das römische Recht brauchte, überhoben war, so stellte sich doch in gewissem Umfange die Notwendigkeit heraus, den direkten Besitzerwerb durch Mittelspersonen, „Besitzdiener" wie sie Bekker, Jahrb. S. 42ff. genannt hat, zuzulassen. Es stellt daher der § 855 BGB. folgenden Satz auf: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer".

Daß hierdurch bei besonderem Auftrag seitens des Besitzerwerbers an den Besitzdiener durch diesen für jenen der Besitz erworben werden kann, dürfte zweifellos sein. Wann die Grenze zu ziehen ist, zwischen einem Besitzdiener und einem Besitzmittler, wird allerdings häufig schwer festzustellen sein. Wenn z. B. ein Gutspächter seinen Inspektor auf das Gut zum Verpächter zwecks Übernahme desselben schickt, so wird der Inspektor, wenn der Pächter am nächsten Tage selbst hinauskommt, nur Besitzdiener sein. Hat dagegen der Pächter die Absicht, nur während bestimmter kürzerer Zeit im Jahre auf dem Gute zu wohnen und den Inspektor die Wirtschaft führen zu lassen, so wird dieser als

Besitzmittler des Gutsherrn angesehen werden müssen. Daß dieselben Verhältnisse auch bei der Besitzerlangung durch Einigung gemäß § 854 Abs. 2 BGB. eintreten können, worauf Przibilla, Jahrb. S. 356 hinweist, ist richtig. So wird z. B. der für eine bestimmte Auflassung bevollmächtigte Handlungsgehilfe eines ein Terraingeschäft betreibenden Kaufmanns mit der Auflassung direkt diesen zum unmittelbaren Besitzer machen, während z. B. der Generalbevollmächtigte eines Großgrundbesitzers, der vielleicht fern von seinen Gütern das ganze Jahr lebt, durch Zukauf eines Stückes Land diesem nur mittelbaren Besitz verschaffen wird. Undenkbar ist auch nicht ein direkter Besitzerwerb an Grundstücken durch Besitzdiener ignoranti domino, wenn z. B. in dem erwähnten Fall der unter ständiger Aufsicht stehende Handlungsgehilfe für Grundstückskäufe bis zu einer bestimmten Wertgrenze bevollmächtigt ist. Trotzdem werden wohl im Großen und Ganzen derartige Fälle im Mobiliarbesitzrecht weitaus häufiger sein.

§ 27.

Sehr bestritten ist für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, ob auch durch andere als die im § 855 bestimmten Personen Besitz für Dritte direkt erworben werden könne. Als Besitzdiener werden z. B. von Dernburg, Sachenrecht S. 53 und Windscheid S. 788 besonders die Vorstände juristischer Personen und ihre Organe unter § 855 BGB. subsumiert. Hiergegen ist sicherlich mit gutem Grunde eingewandt worden, daß man doch nicht sagen könne, der Vorstand habe den Weisungen der juristischen Person Folge zu leisten. Er soll sicherlich tun, was zum Nutzen derselben ist, aber daß die juristische Person eine solche faktische Herrschaft über ihre Organe ausübe, ist doch nicht richtig. Wenn wir von der heute herrschenden Theorie aus in der juristischen Person eine selbständige Verbandspersönlichkeit sehen, so hat wohl die — allerdings etwas symbolisch gehaltene — Entscheidung (OLG. V, 148) recht, wenn sie sagt: „der gesetzliche Vertreter der juristischen Person ist die juristische Person selbst, in ihm konzentrieren sich sämtliche Lebensäußerungen der juristischen Person, sie handelt durch und in ihm, und durch ihn übt sie auch die tatsächliche Gewalt aus, die sich in den Händen des Vorsitzenden befindet“ (S. 150).

§ 28.

Nach anderen Grundsätzen wird man den Besitzerwerb Nichtgeschäftsfähiger nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wie nach römischem Recht beurteilen müssen.[59]) Hier wird keine Abweichung von der Regel, daß durch Mittelspersonen nur mittelbarer Besitz vermittelt wird, anzunehmen sein, zumal auch das Gesetz z. B. dem Vormund, dem Testamentsvollstrecker, dem Konkursverwalter die Befugnis zuspricht, die Sachen des Mündels, den Nachlaß, die Konkursmasse in Besitz zu nehmen. Abweichend Förtsch S. 145 ff.; ebenso z. B. Planck S. 36; Fr. Leonhard S. 62 f. Windscheid S. 777 f.; OLG. IV S. 148.

---

[59]) Auch bezüglich der beschränkten Verfügungsbefugten, z. B. des Konkursschuldners oder der Ehefrau, gilt das gleiche. Vgl. bezüglich des Besitzrechts des Ehemanns am eingebrachten Gut besonders Oertmann S. 207 ff.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.